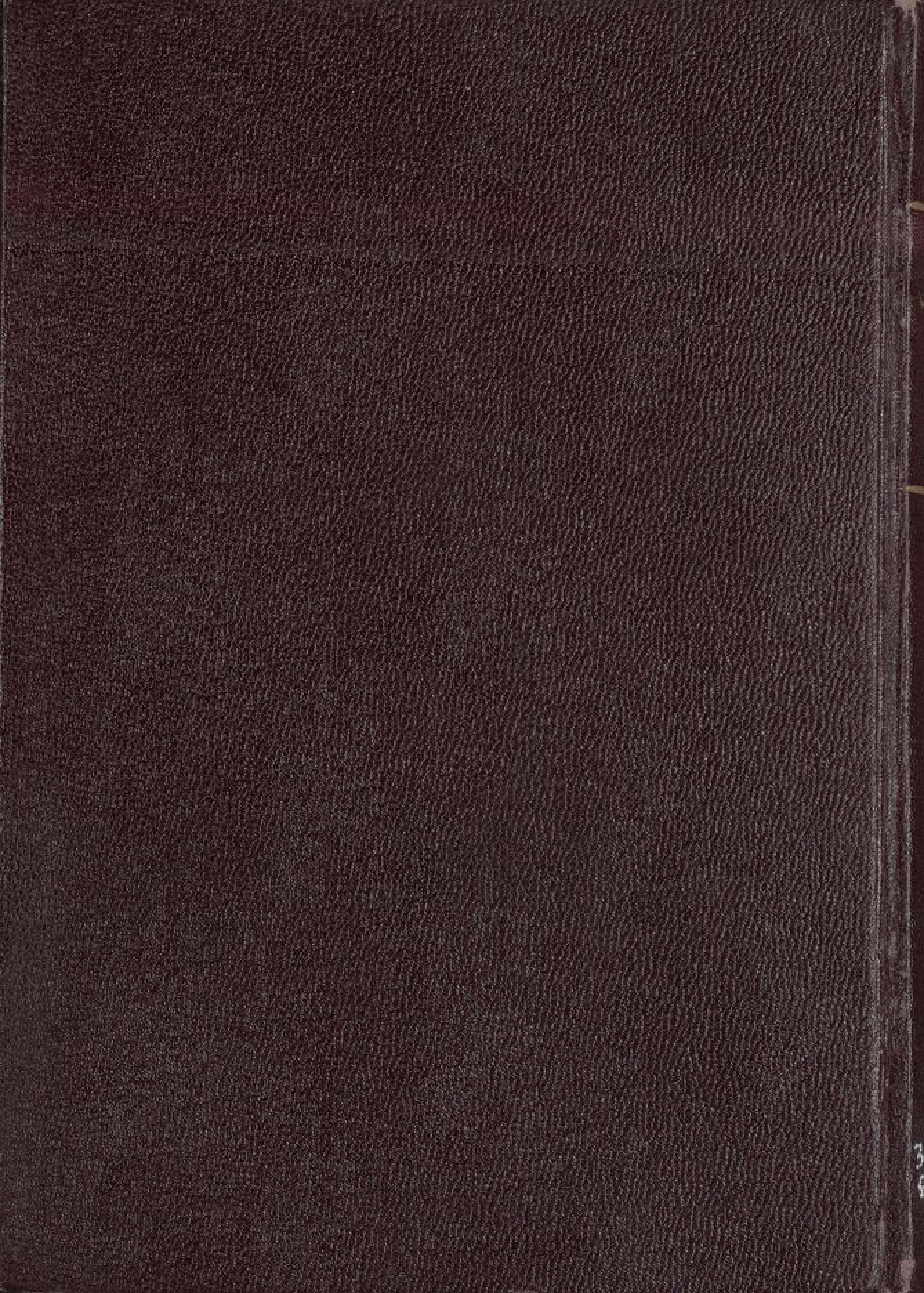




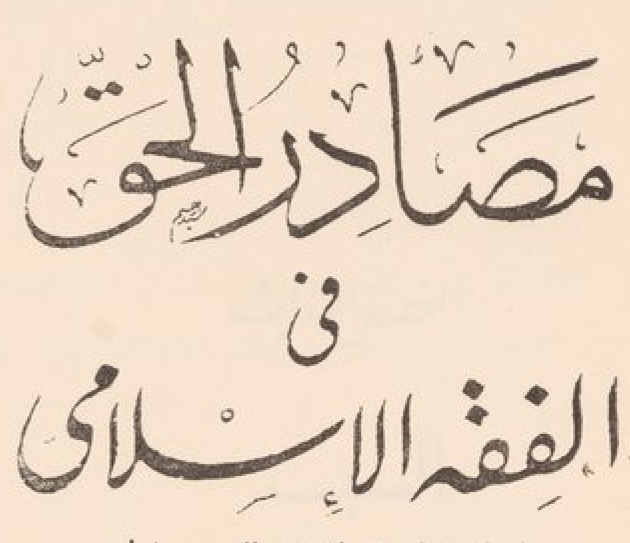
مصادر الحق

فى

الفقه الاسلامى

جامعة الدول العربية

معهد الدراسات العربية العالية



دراسة مقارنة بالفقه الغربى الحديث

(٤)

نظرية السبب ونظرية البطلان

ألقاها

الدكتور

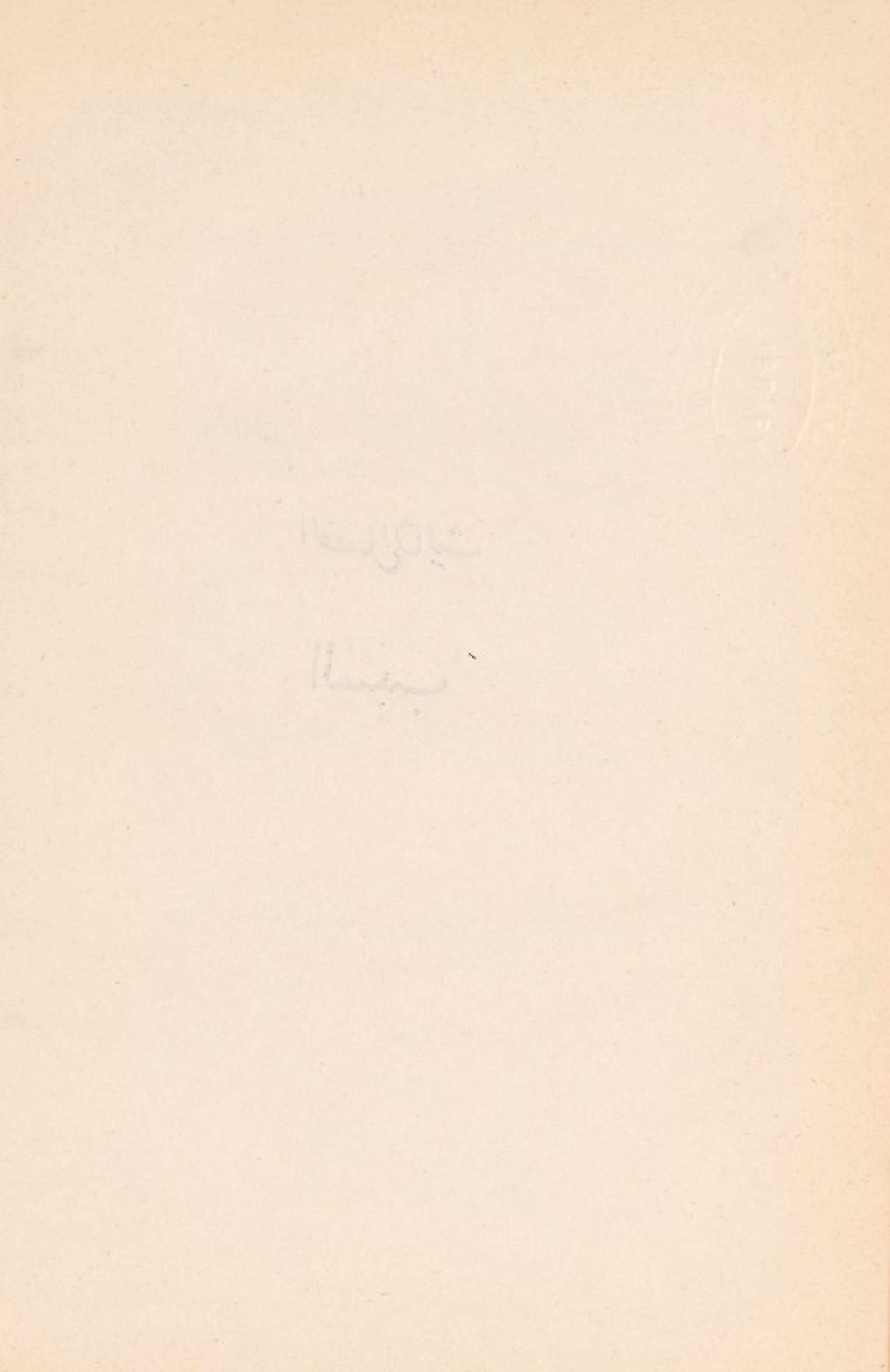
عبد الرزاق السنهورى

على طلبة قسم الدراسات القانونية

١٩٥٧

الفصل الثالث

السبب



الفرع الأول

نظرية السبب فى الفقه الغربى الحديث

الفقه اللاتينى والفقه الجرمانى :

يعنينا فى بسط نظرية السبب فى الفقه الغربى الحديث أن نستعرض هذه النظرية فى كل من الفقه اللاتينى والفقه الجرمانى ، ذلك أن الفقه الاسلامى ، كما سنرى ، شارك كلا من هذين الفقهين فى بعض الخصائص التى تتميز بها هذه النظرية الدقيقة .

فنستعرض فى مبحث أول نظرية السبب فى الفقه اللاتينى ، ثم نستعرض فى المبحث الثانى هذه النظرية فى القانون الألمانى .

المبحث الأول

نظرية السبب فى الفقه اللاتينى (١)

تمهيد

السبب والارادة معنيان متلازمان :

يمكن تعريف السبب تعريفا أوليا بأنه هو الغرض المباشر الذى يقصد الملتزم الوصول إليه من وراء التزامه ، والسبب بهذا المعنى لا يكون عنصراً فى كل التزام ، بل يقتصر على الالتزام العقدى ، إذ الالتزام غير العقدى لم يقم

---

(١) اعتمدنا فى تلخيص نظرية السبب فى الفقه اللاتينى على كتابنا «الوسيط» ، الجزء الأول فقرة ٢٤٢ – فقرة ٢٩٧ .

على إرادة الملتزم حتى يصح السؤال عن الغرض المباشر الذى قصد إليه الملتزم من وراء التزامه .

والسبب ، كعنصر فى الالتزام العقدى ، يتصل أوثق الاتصال بالإرادة . ليس هو الإرادة ذاتها ، ولكنه الغرض المباشر الذى اتجهت إليه الإرادة . فحيث توجد الإرادة يوجد السبب ، ولا تتصور إرادة لا تتجه إلى سبب إلا إذا صدرت عن غير وعى ، كإرادة المجنون . ولما كانت الإرادة لا يعتد بها إلا إذا صدرت عن وعى وتمييز ، فالإرادة المعتبرة قانونا لا بد لها من سبب .

ويمكن إذن أن نستخلص مما تقدم أن السبب ركن فى العقد غير ركن الإرادة ، ولكن الركنين متلازمان لا ينفك أحدهما عن الآخر .

ولكن السبب والشكل معنيان متعارضان :

وتاريخ نظرية السبب يقوم على الحقيقة الآتية : كلما زاد حظ الإرادة فى تكوين العقد ، وضعف حظ الشكل ، زادت أهمية السبب . ذلك أن الإرادة ، من حيث أنها تحدث آثارا قانونية ، إذا هى انطلقت من قيود الشكل وجب أن تتقيد بالسبب . وعندما كان الشكل وحده — دون الإرادة — هو الذى ينشىء العقد ، لم يكن للسبب من أثر . ثم بدأ السبب فى الظهور عند ما بدأت الإرادة تتحرر متدرجة من قيود الشكل . وكلما زاد تحررها من هذه القيود زاد ربطها بقيود السبب ، إلى أن تم تحريرها ، فوجدت نظرية السبب كاملة تحل محل الشكل .

ونرى مما تقدم أنه حيث يتغلب الشكل يقل شأن السبب ، وحيث يضعف الشكل يقوى أمر السبب . هكذا كانت الحال فى القانون الرومانى ، فقد بدأ هذا القانون شكليا ، فلم يكن فيه إذ ذاك للسبب نصيب . ولما أخذ الشكل يتقلص وتظهر العقود الرضائية ، بدأ السبب يظهر بظهور الإرادة ليكون قيدا لها بدلا من الشكل . وهكذا كانت الحال فى القانون الفرنسى القديم ،

---

(١) اعتمدنا فى تلخيص نظرية السبب فى الفقه اللاتينى على كتابنا « الوسيط » : الجزء الأول فقرة ٢٤٢ — فقرة ٢٩٧ .

فإن السبب لم يكد يعرف فيه إلا عندما وصل رجال الكنيسة إلى تقرير الرضائية فى العقود ، فظهر السبب بعد أن كانت الشكلية تستره ، وبرز قويا ليحوط الإرادة بقيود تحل محل قيود الشكل . وهذه هى الحال أيضاً فى القانون الحديث حيث الشكلية تكاد تنعدم ، فأينعت نظرية السبب وازدهرت ، بل لعلها رجعت إلى أصلها قوية كما كانت فى القانون الكنسى ، لولا أن العقد المجرد حل محل العقد الشكلى فى الانتقاص من سلطان السبب .

تطور العقد من عقد شكلى إلى عقد رضائى مسبب إلى عقد رضائى مجرد:

وتاريخ نظرية السبب يهدينا إلى حقيقة أخرى . فقد بدأ العقد شكليا حيث السبب لا أثر له ، ثم تطور إلى عقد رضائى حيث السبب له أكبر الأثر ، ثم تطور أخيرا إلى عقد مجرد حيث انفصلت الإرادة عن سببها ولم يعد للسبب إلا أثر غير مباشر . والقوانين الجرمانية هى التى ماشت هذا التطور إلى نهايته ، أما فى القوانين اللاتينية فالعقد لا يزال رضائيا ولا تزال نظرية السبب فى العقد تشغل المكان البارز ولا يوجد العقد المجرد إلا فى دائرة محدودة ضيقة .

خطة البحث :

ونبحث : (أولا) كيف نشأت نظرية السبب وكيف تطورت . (ثانيا) ما انتهى إليه أمر نظرية السبب فى القوانين اللاتينية الحديثة .

المطلب الأول

كيف نشأت نظرية السبب وكيف تطورت

التطور التاريخى لنظرية السبب :

لعل نظرية قانونية لا يلقى عليها تاريخ تطورها من الضوء بمقدار ما يلقى التاريخ على نظرية السبب . ظل القانون الرومانى بمعزل عن هذه النظرية

إلى مدى بعيد ، إذ غلبت فيه الشكلية . وقد نبتت النظرية ، ثم ترعرعت ، منذ تحررت الإرادة من الشكل فى عهد القانون الكنسى . وتطورت النظرية بعد ذلك تطورا يغاير طبيعتها ، وانقلبت على يد دوما ومن تلاه من الفقهاء من نظرية ذاتية إلى نظرية موضوعية ، وبقيت كذلك عهودا طويلة . وانتقلت على هذا النحو إلى القانون الفرنسى الحديث ، ضعيفة الأثر قليلة الجدوى . ثم استردت جدتها فى العهد الحاضر ، ورجعت خصبة قوية منذ عادت نظرية ذاتية .

§ ١ . نظرية السبب فى القانون الرومانى

العهد القديم — لم يكن هناك مجال للسبب لتغلب الشكلية :

كانت العقود فى العهد القديم للقانون الرومانى شكلية ، فكان العقد ينعقد بأوضاع وأشكال خاصة ، ولم يكن للإرادة أى دخل فى تكوينه . وكانت العقود الشكلية ثلاثة : عقدا يتم بوزن صورى ، ثم ظهر إلى جانبه العقد الكتابى ويتم بكتابة على نحو خاص ، والعقد اللفظى ويتم بألفاظ معينة . ولم تكن هذه العقود الشكلية عقودا بالذات ، بل كانت قوالب تصب فيها العقود ، فالبيع والإيجار والقرض والشركة وغيرها من العقود كانت توضع فى شكل من هذه الأشكال الثلاثة حتى يتم انعقادها . وهذه الأشكال هى التى كان الرومان يدعونها « السبب المدنى » ، فهى ليست سببا للالتزام العقدى على النحو المعروف فى القانون الحديث ، بل هى سبب لانعقاد العقد ، أو هى الشكل القانونى الذى يجعل العقد يتكون . وهذا الشكل ضرورى فى انعقاد العقد إذ بدونه لا ينعقد ، وهو فى الوقت ذاته كاف لانعقاده لأنه متى وجد انعقد العقد ، سواء وجدت الإرادة أو لم توجد ، وجدت صحيحة أو معيبة ، اتجهت إلى غرض مشروع أو إلى غرض غير مشروع ، فالشكل وحده لا الإرادة هو الذى يوجد العقد . ومتى استبعدت الإرادة عن تكوين العقد فقد استبعد معها السبب ، لأن السبب ليس إلا الغرض الذى تتجه إليه الإرادة كما سبق القول .

العهد المدرسى - ظهور السبب فى العقود غير الشكلية :

ولما ظهر ، فى العهد المدرسى من القانون الرومانى ، إلى جانب العقود الشكلية عقود أخرى غير شكلية ، وبخاصة العقود الرضائية وعقود التبرع - فبرز دور الأرادة فى تكوين العقد - ظهر السبب بظهور الإرادة .

ففى عقد البيع ، وهو أهم العقود الرضائية ، ظهرت فكرة السبب فى مرحلة تكوين العقد لا فى مرحلة تنفيذه . فالتزام البائع اعتبر سببا لالتزام المشترى ، بحيث إذا هلك المبيع قبل البيع فامتنع التزام البائع لانعدام المحل لم يقم التزام المشترى لانعدام السبب . أما فى مرحلة تنفيذ البيع فلم يكن لفكرة السبب من أثر ، ولم يكن لأحد من المتعاقدين فسخ البيع إذا لم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ التزامه . بل يبقى البيع ، ويطالب بتنفيذ الالتزام الذى لم ينفذ حتى لو كان المتعاقد الآخر المطالب بالتنفيذ لم يقم من جانبه بتنفيذ التزامه ، لأن التزام كل من المتعاقدين مستقل فى تنفيذه عن التزام المتعاقد الآخر . وإذا اعتبر كل منهما سببا للآخر فى مرحلة تكوين البيع ، فأن كلا منهما مستقل عن الآخر ولا شىء يربط بينهما فى مرحلة التنفيذ .

أما فى الهبة — وهى أهم عقود التبرعات — فقد اعترف القانون الرومانى بالسبب إلى حد كبير . فالسبب فى الهبة هو نية التبرع ، فإذا انعدمت هذه النية انعدم السبب وبطلت الهبة . فمن تعهد بوفاء التزام طبيعى معتقداً أنه التزام مدنى لا يكون متبرعا ، ويبطل تعهده لانعدام السبب . والهبة المقترنة بشرط يكون الشرط سببا لها إذا كان هو الدافع إلى التبرع ، فإذا لم يقم الموهوب له بتنفيذ الشرط كان للواهب أن يسترد هبته . وفى الوصية — وهى إرادة منفردة — اعترف القانون الرومانى بالسبب إلى حد أن مزجه بالباعث . فإذا أعتقد الموصى أن وارثه قد مات فأوصى بماله لأجنبى ، ثم تبين أن الوارث لا يزال حياً ، واستطاع هـذا أن يثبت أن

الباعث على الوصية هو اعتقاد الموصى أن الوارث قد مات ، فالوصية باطلة لانعدام سببها .

موقف القانون الروماني من نظرية السبب :

ويتبين مما قدمناه أن القانون الروماني ، في عهده المدرسي دون العهد القديم ، اعترف في بعض العقود بفكرة السبب إلى مدى محدود . وهذه العقود هي التي ظهرت فيها الإرادة كعامل من عوامل تكوينها ، وحيث تظهر الإرادة يظهر السبب كما قدمنا . ولكن الرومان تمثلوا فكرة السبب فكرة موضوعية لا ذاتية ، ونظروا إلى السبب موجوداً في العقد لا خارجا عنه ، وهو واحد لا يتغير في النوع الواحد من العقود مهما اختلفت البواعث والدوافع . وإذا كانوا قد توسعوا في السبب فمزجوه بالباعث ، فقد فعلوا ذلك في نطاق ضيق محدود ، وكان ذلك بنوع خاص في بعض التبرعات على النحو الذي بيناه . وسنرى فيما يلي أن هذا التصوير الروماني هو الذي رجع إليه دوما في صياغته لنظرية السبب .

§ ٢ — نظرية السبب في القانون الفرنسي القديم

تمهيد :

بقيت فكرة السبب تتطور تطورا مستمرا طوال القرون السبعة التي سبقت التقنين المدني الفرنسي ، من القرن الثاني عشر إلى مستهل القرن التاسع عشر . وفي خلال هذه القرون الطويلة يمكن التمييز بين عهدين يفصل بينهما الفقيه الفرنسي المعروف دوما (Domat) في القرن السابع عشر ، إذ هو الذي صاغ فكرة السبب نظرية عامة بعد أن تهيأت لها عوامل الصياغة طوال القرون التي سبقته . ومنذ صاغ دوما نظرية السبب ، تبعته الفقهاء في صياغته ، وتناقلت عنه ما كتب ، حتى انتقلت النظرية عن طريق بوتييه (Pothier) إلى التقنين المدني الفرنسي .

نظرية السبب فى العهد الذى سبق دوما — فكرة السبب عند الفقهاء الكنسيين :

تداول فكرة السبب فى هذا العهد فريقان من الفقهاء : فريق الرومانيين وفريق الكنسيين .

أما الفريق الأول فقد اقتفوا أثر القانون الرومانى . وعنوا بنوع خاص بالعقود الملزمة للجانبين ، فأبرزوا الارتباط ما بين الالتزامات المتقابلة فى هذه العقود . ولكنهم مع ذلك التزموا حدود القانون الرومانى ، فلم يصلوا إلى حد القول بجواز الفسخ فى البيع إذا لم ينفذ أحد المتعاقدين التزامه ، بالرغم من أن منطق الارتباط ما بين الالتزامات المتقابلة كان يقضى عليهم بذلك . فبقيت فكرة السبب عندهم ، كما كانت عند الرومان ، فكرة موضوعية لا ذاتية ، داخلة فى العقد لا خارجة عنه ، وهى واحدة لا تتغير فى نوع واحد من العقود .

وأما فقهاء الكنيسة فقد كانوا يقدمون على اعتبارات الصياغة الفنية الرومانية الاعتبارات الأدبية الدينية . وهذه الإعتبارات الأخيرة كانت تقتضيهم أن يقرروا مبدأين : (المبدأ الأول) أن الوفاء بالوعد واجب ، وأن الإخلال به خطيئة ، ومن ثم كان المتعاقد يلتزم بمجرد تعهده . فكانت الإرادة عندهم — لا الشكل — هى التى تنشىء العقد وتجعله ملزما . وتدرجوا فى هذا المبدأ حتى أقروا أى عقد يقوم على محض تقابل الإرادتين دون حاجة إلى شكل أو تسليم أو تنفيذ أو نحو ذلك مما كان القانون الرومانى يتطلبه . (والمبدأ الثانى) أن العقد لا يجوز تنفيذه إذا كان يهدف إلى غرض غير مشروع ، ذلك أن القيام بعمل غير مشروع يعد خطيئة . ولا يصح الاحتجاج بأن المتعاقد قد ارتبط بالعقد وبأن الأخلال بما ارتبط به يعد خطيئة أيضاً ، فالخطيئة ليست فى أن يخل بهذا الارتباط ، بل فى أن يرتبط بعقد غير مشروع : الإرتباط بمثل هذا العقد يعتبر خطيئة ، وتنفيذه يعتبر

خطيئة أخرى . وها نحن نرى إلى أى مدى يسوق هذا المنطق . فالغرض الذى يريد المتعاقد أن يحققه من وراء التزامه هو السبب فى العقد ، وهذا السبب إذا كان غير مشروع جعل العقد باطلا . وإذا سلمنا أن الإرادة وحدها تلزم المتعاقد ، فيجب أن نسلم فى الوقت ذاته أن هذه الإرادة يجب أن تتجه إلى تحقيق غرض مشروع وإلا كانت عديمة الأثر . فيبرز أمامنا السبب فى صورة أخرى غير الصورة التى ألفناها فى القانون الرومانى ، شيئا غير مجرد الصياغة الفنية ، وعاملا نفسيا زاخراً بالقوة بعيداً فى الأثر . ويبدو لنا فى وضوح أن الفقهاء الكنسيين وضعوا إلى جانب الإرادة — بعد أن جردوها من الشكل — الغرض الذى ترمى إلى تحقيقه ، وربطوها به ، فأصبحت الأرادة لاتنفصل عن الغرض الذى تهدف إليه ، وهى إذا تجردت من الشكل فليست تتجرد السبب . والسبب هنا ليس هو هذا السبب الرومانى الموضوعى الداخل فى العقد والذى يبقى واحداً لا يتغير فى نوع واحد من العقود ، بل هو الباعث النفسى الخارج عن العقد والذى يتغير فيختلف فى عقد عنه فى العقد الآخر .

ونستطيع أن نستخلص من هذا التحليل الذى ابتدعه الفقهاء الكنسيون أموراً أربعة :

(أولا) أن السبب برز إلى جانب الإرادة بمجرد أن ظهرت الإرادة عاملا أساسياً فى تكوين العقد .

(ثانياً) أن نظرية السبب تطورت تطوراً خطيراً ، فأصبح السبب هو الباعث الدافع إلى التعاقد .

(ثالثاً) أن السبب بهذا المعنى الجديد حل محل الشكل قيداً على الإرادة . فمادام الوعد القائم على الإرادة وحدها ملزما دون حاجة إلى الشكل ، فلا أقل من ان يكون هذا الوعد متجهاً إلى تحقيق غاية مشروعة . ومن هنا استطاع الكنسيون أن يداوروا مبادىء القانون الرومانى فلا يتعارضون

معه تعارضاً صريحاً ، وأمكنهم أن يتجنبوا ظاهر القول بأن الاتفاق العارى (pacte nu) ملزم وحده ، وأن يستبدلوا بعبارة « الاتفاق العارى » عبارة « الوعد المسبب » ، فيضيفوا إلى القائمة الرومانية للعقود الملزمة طائفة جديدة هى طائفة « الوعود المسببة » .

(رابعا) أن السبب إذا كان قد قيد الارادة من جهة ، فهو قد أطلقها من جهة أخرى ، إذ حررها من الشكل ، وجعلها وحدها ملزمة مادامت تتجه إلى تحقيق غاية مشروعة .

فالكنسيون كما نرى هم الذين ابتدعوا نظرية السبب ، لا بمعناها الرومانى الضيق ، بل بمعناها الجديد الواسع . ومالبث الفقه والقضاء فى فرنسا أن اتبعهم ، وأصبحت الإرادة وحدها ملزمة مادامت الغاية التى تهدف إلى تحقيقها غاية مشروعة . وفهم السبب بأنه الباعث الدافع إلى التعاقد ، فأبطلت العقود التى تهدف لاستغلال النفوذ ، واعتبرت ديون المقامرة باطلة لعدم مشروعيتها ، وأصبح الباعث يؤثر فى التبرعات من هبات ووصايا فاذا كان غير مشروع بطلت هذه التبرعات . وسارت الأمور على هذا النحو المحمود حتى جاء دوما يصوغ نظرية عامة للسبب ، ولكنه صاغها نظرية جوفاء فارغة ، رجع فيها إلى تقاليد القانون الرومانى التى سلف ذكرها .

نظرية السبب منذ عهد دوما إلى عهد التقنين المدنى الفرنسى :

إذا كان دوما قد تميز بهذه النظرة الشاملة التى أحاط بها موضوع السبب ، فصاغ منه نظرية عامة محبوكة الأطراف لم تكن قبله قد نسقت على النحو الذى قام به هو ، فأنه مع ذلك قد أساء — فى رأينا — إلى نظرية السبب أكثر مما أحسن ، وعاق تطورها الطبيعى ، وأعادها إلى وضعها الرومانى نظرية قاحلة مجدبة .

ويشترط دوما قيام السبب فى جميع العقود . فالسبب فى التزام المتعاقد

فى العقود الملزمة للجانبين هو مايقوم به المتعاقد الآخر ، أى التزامه المقابل . والسبب فى التزام المتعاقد فى العقود الملزمة لجانب واحد هو ماقام به المتعاقد الآخر ، أى التسليم الذى تم من جانبه فى مبدأ الأمر . والسبب فى التبرعات هو إرادة المتبرع فى أن يتبرع ، أى نية التبرع . ومن ذلك نرى أن نظرية دوما فى السبب قامت على الفكرة الرومانية الضيقة ، وتأثرت بأقوال الفقهاء المدنيين الذين احتفظوا بتقاليد القانون الرومانى .

ولم يزد الفقهاء الذين خلفوا دوما فى القانون الفرنسى القديم على أن يرددوا ماقاله دوما فى نظرية السبب . وأبرز هؤلاء الفقهاء هو بوتييه ، الفقيه الفرنسى المعروف ، فقد بسط نظرية السبب ، ولكنه لم يخرج كثيراً عما قاله دوما فى هذه النظرية . ذكر فى كتاب الالتزامات عنها ماياتى : « يجب أن يكون لكل التزام سبب شريف . ففى عقود المعاوضة يكون السبب فى الالتزام الذى يعقده أحد الطرفين هو ما أعطاه له الطرف الآخر ، أو مايلتزم بإعطائه ، أو التبعة التى يتحملها . وفى عقود التبرع يكون الجميل الذى يقصد أحد المتعاقدين أن يسديه للآخر سببا كافيا للالتزام الذى يعقده قبله . أما إذا لم يقم الالتزام على أى سبب ، أو مايعدل ذلك إذا كان السبب الذى عقد من أجله الالتزام غير صحيح ، فالالتزام باطل ويبطل العقد الذى يتضمنه » .

وقد نقل التقنين المدنى الفرنسى نظرية السبب عن دوما وبوتييه فى المواد ١١٠٨ و ١١٣١ — ١١٣٣ ، وصارت هذه النصوص هى الأساس الذى تقوم عليه النظرية التقليدية فى السبب .

المطلب الثانى

نظرية السبب فى القانون الحديث

§ ١ — النظرية التقليدية فى السبب

تحديد معنى السبب فى النظرية التقليدية :

تميز النظرية التقليدية بين السبب الانشائى والسبب الدافع والسبب القصدى.

فالسبب الإنشائى هو مصدر الالتزام ، وهو لا يعنينا هنا .

والسبب الدافع هو الباعث الذى دفع الملتزم إلى أن يرتب فى ذمته الالتزام . فمن يشترى منزلا قد يكون الدافع له على الشراء وعلى الالتزام بدفع الثمن هو أن يستغل المنزل ، أو أن يخصصه لسكناه ، أو أن يجعل منه محلا لعمله ، أو أن يجعل منه ناديا للمقامرة ، أو أن يديره للعهارة ، أو غير ذلك من الدوافع المشروعة وغير المشروعة . فالباعث إذن يجمع الخصائص الثلاث الآتية : (١) هو شىء خارجى عن العقد . (٢) وهو شىء ذاتى للملتزم (٣) وهو شىء متغير ، لا فى كل نوع من العقود فحسب ، بل فى كل عقد بالذات . ولما كان الباعث يصعب ضبطه على وجه التحديد ، فان النظرية التقليدية تذهب إلى أنه لا تأثير له فى وجود العقد ولا فى قيام الالتزام ، فمهما كان هذا الباعث شريفا أو غير شريف ، متفقا مع النظام العام أو مخالفا له ، فإن العقد صحيح والالتزام قائم .

والسبب القصدى — وهو السبب الذى تقف عنده النظرية التقليدية — يعرف عادة بأنه هو الغاية المباشرة أو الغرض المباشر الذى يقصد الملتزم الوصول إليه من وراء التزامه . فيختلف السبب عن الباعث فى أن السبب ، هو أول نتيجة يصل إليها الملتزم ، أما الباعث فغاية غير مباشرة تتحقق بعد أن يتحقق السبب ، ولا يصل إليها الملتزم مباشرة من وراء الالتزام .

السبب فى الطوائف المختلفة من العقود :

وتستعرض النظرية التقليدية الطوائف المختلفة للعقود لتحديد السبب. ويفهم دائما بمعنى السبب القصدى — فى كل طائفة منها ، على النحو الذى جرى عليه دوما وبوتييه .

ففى العقود الملزمة للجانبين ، سبب التزام كل من المتعاقدين هو التزام المتعاقد الآخر . مثل ذلك عقد البيع ، يلتزم البائع فيه بنقل ملكية المبيع وسبب هذا الالتزام هو التزام المشترى بدفع الثمن ، ويلتزم المشترى بدفع الثمن وسبب هذا الالتزام هو التزام البائع بنقل ملكية المبيع . وقل مثل ذلك فى العقود الأخرى الملزمة للجانبين ، كالايجار والمقاولة وعقد العمل .

وفى العقود الملزمة لجانب واحد ، إذا كان العقد عينيا ، قرضا كان أو عارية أو وديعة أو رهن حيازة - وهذا فى غير التقنين المصرى الجديد — يكون سبب التزام المتعاقد الملتزم هو تسلمه الشىء محل التعاقد . فالمقترض يلتزم برد القرض لأنه تسلمه ، وهذا هو الغرض المباشر الذى قصد إلى تحقيقه من وراء التزامه . وإذا كان العقد الملزم لجانب واحد عقدا رضائيا ، كالوعد بالبيع ، فالظاهر أن سبب الالتزام هو إتمام العقد النهائى ، وهو الغرض المباشر الذى قصد الواعد إلى تحقيقه ، وهو بعد سبب محتمل قد يتحقق وقد لا يتحقق .

وفى عقود التبرع ، السبب فى التزام المتبرع هو نية التبرع ذاتها . فالمتبرع يقصد من وراء التزامه غرضا مباشرا هو أسداء يد للموهوب له وهذا هو السبب فى تبرعه .

ويتبين مما تقدم أن خصائص السبب فى النظرية التقليدية هى عكس خصائص الباعث :

(١) فالسبب شىء داخلى فى العقد ، يستخلص حتما من نوع العقد ومن

طبيعة الالتزام ذاته. (٢) وهو شىء موضوعى لا تؤثر فيه نوايا الملتزم. (٣) وهو غير متغير، فيبقى واحدا فى نوع واحد من العقود، ولا يتغير بتغير البواعث والدوافع. وهذه الخصائص الثلاث هى عين الخصائص التى رأيناها لصيقة بالسبب فى الفكرة الرومانية القديمة.

على أن النظرية التقليدية – خلافا للقانون الرومانى – تحرص على أن تقرر أن قيام السبب واجب من وقت تكوين العقد إلى حين تنفيذه. فإذا قام السبب عند تكوين العقد، ثم انقطع قبل التنفيذ، سقط الالتزام. وتظهر أهمية هذه القاعدة فى العقود الملزمة للجانبين، فأن هذه العقود تتميز بأمور ثلاثة: (١) إذا لم يقم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه، جاز للمتعاقد الآخر أن يمتنع عن تنفيذ ما ترتب فى ذمته من التزام، وهذا هو الدفع بعدم التنفيذ. (٢) إذا لم يقم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه، جاز للمتعاقد الآخر أن يطلب فسخ العقد، وهذه هى نظرية الفسخ. (٣) إذا استحال على أحد المتعاقدين تنفيذ التزامه لقوة قاهرة، تحمل هو تبعه هذه الاستحالة وسقط التزام المتعاقد الآخر، وهذه هى نظرية تحمل التبعة وأصحاب النظرية التقليدية يبنون هذه المبادىء الثلاثة على فكرة السبب ووجوب بقائه قائما إلى أن يتم تنفيذ العقد.

الشروط الواجب توافرها فى السبب:

تذهب النظرية التقليدية إلى أن السبب يجب أن تتوافر فيه شروط ثلاثة: (١) أن يكون موجودا (٢) وأن يكون صحيحا (٣) وأن يكون مشروعا.

(١) ووجود السبب ليس فى الواقع شرطا يجب توافره فى شىء، بل هو الشىء ذاته. وإنما يثار وجود السبب حتى يتقرر أن كل التزام لا يكون له سبب يكون التزاما غير قائم. ويغلب فى السبب غير الموجود أن يكون سببا موهوما وقع غلط فى وجوده، فظن المتعاقدان أنه موجود وهو غير

موجود . ولكن السبب الموهوم لايدخل فى نطاق هذا الشرط الأول ، بل يدخل فى نطاق الشرط الثانى كما سنرى . أما هنا فالمراد بالسبب غير الموجود أن يكون المتعاقدان على بينة من أنه غير موجود ، أى أن يكونا غير واهمين فى وجوده . ويقدم المتعاقدان على التعاقد لسبب غير موجود وهما عالمان بذلك فى فروض نذكر منها الفروض الثلاثة الآتية : (ا) قد يكره أحد المتعاقدين على إمضاء إقرار بمديونيته وهو غير مدين ، أى لسبب لاوجود له كقرض لم يتم ، وفى هذه الحالة يكون العقد الذى يقر فيه المتعاقد المكره بمديونيته باطلا لانعدام السبب . ولا يكفى أن يقال أنه قابل للإبطال لما وقع فيه من إكراه ، فالفرق واضح بين البطلان والقابلية للإبطال . بل قد لا يكون هناك إكراه ويصدر الاقرار بالمديونية قبل تسلم القرض ، ثم يثبت المقر أنه لم يتسلم القرض أصلا ، فيكون الاقرار فى هذه الحالة باطلا لانعدام السبب . (ب) يكون السبب غير موجود ، دون أن يكون هناك وهم أو إكراه ، فيما يسمى بسند المجاملة (effet de complaisance). وصورته أن يلتزم شخص نحو آخر التزاما صوريا فيمضى سندا لمصلحته ، ويقصد من ذلك أن يعطى الدائن الصورى سندا يحصل على قيمته من طريق تحويله ، حتى إذا حل ميعاد دفع السند قام الدائن الصورى بتوريد قيمته إلى المدين ، فيدفعها هذا لحامل السند . وبذلك يستطيع الدائن الصورى أن يحصل على ماهو فى حاجة إليه من النقود إلى أجل معلوم ، لامن مدينه بالذات ، بل بفضل إمضاء هذا المدين على سند المجاملة . ولا يحتج بانعدام السبب على حامل السند إذا كان حسن النية ، ولكن فى العلاقة مابين المدين ودائنه الصورى يستطيع الأول أن يتمسك ببطلان السند لانعدام السبب . (حـ) ويتحقق انعدام السبب بنوع خاص بعد تمام التعاقد ، ويقع ذلك فى العقود الملزمة للجانبين إذا لم يقم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه أو استحال عليه هذا التنفيذ لقوة قاهرة ، فإن سبب التزام المتعاقد الآخر يصبح غير موجود بعد أن كان موجودا عند التعاقد ، وانعدام السبب بعد وجوده

فى هذه الأحوال هو الذى يبرر نظرية الدفع بعدم التنفيذ ونظرية الفسخ ونظرية تحمل التبعة على مابينا .

(٢) ويجب أيضا أن يكون السبب صحيحا ، فالسبب غير الصحيح لا يصلح أن يقوم عليه التزام . ويرجع عدم صحة السبب إلى أحد أمرين : أما لأن السبب الظاهر - وهو السبب غير الصحيح - هو سبب موهوم أو مغلوط ، وأما لأن السبب الظاهر هو سبب صورى .

والأمثلة على السبب الموهوم كثيرة : وارث يتخارج مع شخص يعتقد أنه وارث معه وهو ليس بوارث ، فيعطيه مبلغا من النقود حتى يتخلى عن نصيبه فى الميراث ، فهذا التخارج باطل لأن سببه موهوم . وارث يمضى إقرار بدين على التركة ، ويتبين أن الدائن كان قد استوفى الدين من المورث فهذا الإقرار باطل لأن سببه موهوم . وارث يتعهد لموصى له بعين فى التركة أن يعطيه مبلغا من المال فى نظير نزوله عن الوصية ، ويتبين بعد ذلك أن الوصية باطلة أو أن الموصى قد عدل عنها ، فتعهد الوارث باطل لأن سببه موهوم . مدين يتفق مع دائنه على تجديد الدين ، فيتبين أن الدين القديم باطل أو أن الدائن قد استوفاه ، فالتجديد باطل لأن سببه موهوم .

بقى السبب الصورى . والعقد الذى يقوم على سبب صورى لا يكون باطلا لصورية السبب ، فأن الصورية فى ذاتهـا ليست سببا فى البطلان . ولـكن إذا أثبت المدين صورية السبب ، فعلى الدائن أن يثبت السبب الحقيق ، ويكون الالتزام قائما أو غير قائم تبعا لهذا السبب الحقيق . فإن كان هذا السبب موهوما ، سقط الالتزام ، لأن السبب الحقيق موهوم ، لا لأن السبب الظاهرى صورى . وإن كان السبب الحقيق غير مشروع ، وقد أخفى تحت ستار سبب مشروع كما هو الغالب ، سقط الالتزام أيضا ، لا لصورية السبب الظاهر ، بل لعدم مشروعية السبب الحقيق . أما إذا كان السبب الحقيق مشروعا غير موهوم ، فإن الالتزم يقوم بالرغم من صورية السبب الظاهر .

(٣) ويجب أخيرا أن يكون السبب مشروعا . والسبب المشروع هو الذى لا يحرمه القانون ولا يكون مخالفا للنظام العام ولا للآداب. ومشروعية السبب ، عند أصحاب النظرية التقليدية ، شرط متميز عن مشروعية المحل . فقد يكون المحل مشروعا والسبب غير مشروع ، ويتحقق ذلك فى فروض مختلفة ، نذكر منها :

(أولا) إذا تعهد شخص لآخر بارتكاب جريمة فى مقابل مبلغ من النقود ، فإن التزام الشخص بدفع النقود محله مشروع ، ولكن سببه — وهو التزام الشخص الأول بارتكاب الجريمة — غير مشروع . فلا يقوم هذا الالتزام ، لا لعدم مشروعية المحل ، بل لعدم مشروعية السبب .

(ثانيا) كذلك إذا تعهد شخص لآخر بعدم ارتكاب جريمة فى مقابل مبلغ من النقود ، فأن التزام كل من المتعاقدين محله مشروع : الأول التزام بعدم ارتكاب جريمة وهذا محل مشروع ، والآخر التزام بدفع مبلغ من النقود وهذا أيضا محل مشروع . ولكن سبب التزام الأول بالامتناع عن ارتكاب الجريمة هو التزام الآخر بدفع مبلغ من النقود ، وهذا سبب غير مشروع لأن الامتناع عن ارتكاب الجريمة واجب قانونى لا يجوز الأجر عليه. وسبب التزام الآخر بدفع مبلغ من النقود هو التزام الأول بالامتناع عن ارتكاب الجريمة ، وهذا أيضا سبب غير مشروع إذ لا يجوز لشخص أن يلتزم نحو آخر لحمله على أداء واجب عليه . ومن ذلك نرى أن كلا من الالتزامين لا يقوم لعدم مشروعية السبب ، وهذا بالرغم من أن كلا منهما محله مشروع . وكذلك الأمر فى كل عقد يلتزم فيه شخص بإجازة شخص آخر ليحمله على القيام بما يجب عليه دون إجازة ، كالمودع يجيز المودع عنده حتى يرد الوديعة ، وكالمسروق منه يجيز السارق حتى يرد المسروق ، وكمن خطف ولده يجيز الخاطف حتى يرد إليه ولده ، وكمن يخشى أذى من شخص يجيز هذا الشخص حتى يكف عنه أذاه .

(ثالثا) عقد الوساطة فى الزواج هو أيضا عقد سببه غير مشروع ، على رأى ، وإن كان المحل مشروعا . فإذا التزم شخص أن يدفع أجرا لوسيط يبحث له عن زوج يرضاه ، فإن كثيرا من الفقهاء يقولون أن العقد غير مشروع لأنه يجعل الزواج ضربا من التجارة. إلا أن محكمة النقض الفرنسية ميزت بين فرضين فإذا اشترط الوسيط الأجر تم الزواج أو لم يتم ، كان هذا أجرا على العمل لا جائزة على النجاح ، فيكون العقد مشروعا . أما إذا اشترط الأجر على ألا ينقده إلا إذا تم الزواج ، فهذا هو الاتفاق الباطل ، لأن الوسيط فى هذه الحالة قد يحمل على ركوب طرق من الغش والخديعة حتى يتم زواجا قد لا يكون فى مصلحة الزوجين أن يتم ، ولا مصلحة فيه إلا للوسيط يحصل على أجره الموعود .

والقضاء فى مصر غير مستقر ، فقد قضت إحدى المحاكم الوطنية ببطلان العقد ، لاسيما فى بلد كمصر حيث يسهل على « الخاطبة » أن تخدع الزوج فى أمر زوجته بسبب انعزال المرأة عن الرجل . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بصحة العقد ، إذ أن الغرض الذى يرمى إليه مشروع فهو ييسر أمر الزواج ، وإذا وقع غش من الوسيط أمكن الرجوع عليه بالطرق القانونية.

ونحن نؤثر الأخذ برأى محكمة النقض الفرنسية ، فيكون العقد صحيحاً إذا أخذ الوسيط أجرا على عمله تم الزواج أو لم يتم ، ويكون باطلا إذا لم يأخذ الأجر إلا إذا تم الزواج . فإذا أخذ بهذا الرأى ، كان الاتفاق مع الوسيط على إعطائه أجراً إذا نجحت وساطته اتفاقا غير مشروع . وعدم المشروعية هنا يرجع إلى السبب لا إلى المحل ، فإن التزام كل من الفريقين محله مشروع ، أحدهما يلتزم بأعطاء الأجر والثانى يلتزم بالعثور على زوج صالح ، ولكن سبب كل من الالتزامين غير مشروع ، لأنه مما يخالف الآداب والنظام العام أن يلتزم الوسيط بتزويج الطرف الآخر فى مقابل أجر ، وأن يلتزم الطرف الآخر بإعطاء الوسيط أجراً فى مقابل هذا الزواج .

انتقاد النظرية التقليدية في السبب — نظرية عقيمة يمكن الاستغناء عنها:

منذ استقرت النظرية التقليدية منقولة عن دوما وبوتييه على النحو الذى بسطناه، بقيت مبعثا لقلق الفقهاء. يرون فيها ضيق الأفق وقصور المدى وعقم الإنتاج. وإذا كان فقهاء — كالأستاذ كابيتان — قد دافعوا عنها بعد أن حوروا فيها، فإن كثيراً من الفقهاء، وعلى رأسهم الأستاذ بلانيول، هاجموها مهاجمة عنيفة. فالصياغة الرومانية الشكلية هى التى ساهمت كثيراً فى تكييف هذه النظرية التقليدية، والعيب الجوهرى فيها ليس فى أنها غير صحيحة، فهى حتى لو كانت صحيحة عقيمة على كل حال. وهى لا تضيف شيئا إلى الثروة القانونية، إذ هى تحدد السبب فى أنواع العقود المختلفة تحديداً آليا، وتتطلب فيه شروطا ثلاثة. ونستعرض هذه الشروط مطبقة على السبب فى صوره المختلفة، لنثبت أن السبب بهذا المعنى التقليدى الضيق يمكن الاستغناء عنه دون عناء: يمكن الاستغناء عن السبب الموجود، وعن السبب الصحيح، وعن السبب المشروع.

(١) يمكن الاستغناء عن السبب الموجود: وتأتى النظرية التقليدية للتدليل على وجوب وجود السبب بمثلين، مثل من أكره على أمضاء التزام ليس له سبب ومثل من أمضى سند مجاملة عن بينة واختيار. فإذا أكره شخص على أمضاء سند لسبب لا وجود له، كقرض لم يتم، فإن العقد يكون باطلا، ولا يكفى هنا استظهار الأكراه فإنه يقتصر على جعل العقد قابلا للأبطال. ولكن على أى أساس يقوم بطلان العقد؟ تقول النظرية التقليدية أن الأساس هو انعدام السبب، إذ الالتزام بالمديونية سببه القرض والقرض لم يتم. على أنه من اليسير أن نصل إلى النتيجة ذاتها عن طريق غير طريق السبب. ذلك أننا إذا اعتبرنا السند تصرفا صادرا عن أرادة منفردة، فهو التزام بدفع مبلغ واجب بعقد القرض، ولما كان هذا المبلغ لا وجود له لأن القرض لم يتم، فمحل الالتزام معدوم، ويسقط الالتزام لا لانعدام السبب بل لإنعدام

المحل . وإذا اعتبرنا السند هو عقد القرض ذاته ، فالتزام المقترض لا يقوم هنا أيضا لأنه لم يتسلم مبلغ القرض ، ولا بد من أن يتسلم المقترض مبلغ القرض حتى يلتزم برده ، أما لأن القرض عقد عينى لم يتم لعدم التسليم ، وأما لأن القرض عقد رضائى – وفقا للتقنين المصرى الجديد – لم يقم فيه المقرض بتنفيذ التزامه. وفى الحالين يسقط التزام من أمضى السند، لا لانعدام السبب بل لعدم انعقاد القرض أو لعدم تنفيذ الالتزام المقابل . أما إذا أمضى شخص سند مجاملة لدائن صورى ، فإن قواعد الصورية هنا تكفى وتغنينا عن نظرية السبب . فالسند صورى ، والدين لا وجود له فيما بين الطرفين . أما بالنسبة إلى الغير ، وهو حامل السند ، فيؤخذ بالعقد الظاهر .

على أننا إذا تركنا هذه الأمثلة التفصيلية جانبا واستعرضنا طوائف العقود المختلفة ، زدنا يقينا أن السبب بالمعنى التقليدى يسهل الاستغناء عنه . فالالتزام فى العقد الملزم للجانبين سببه ، كما تقول النظرية التقليدية ، الالتزام المقابل . ولكن ما أيسر علينا أن نستبدل بفكرة السبب هذه فكرة الارتباط التى قال بها بلانيول . بل لعل فكرة الارتباط من الناحية الفنية أدق من فكرة السبب . ذلك أن انعدام السبب جزاؤه البطلان كما هو معروف ، فإذا انعدم السبب عند تكوين العقد أو بعد تكوينه كان الواجب أن يكون الجزاء واحدا فى الحالتين . ولكننا نرى أن العقد يبطل فى الحالة الأولى ويفسخ فى الحالة الثانية ، وفى هذا التفريق عيب فنى واضح . أما فكرة الارتباط فأكثر مرونة من فكرة السبب . وهى تسمح بأن نقول بالبطلان إذا انعدم أحد الالتزامين المتقابلين عند تكوين العقد ، إذ منطق الارتباط يقضى بأن العقد لا يوجد . وتسمح فكرة الارتباط فى الوقت ذاته أن نقول أن العقد ينقضى بعد وجوده – أى يفسخ – إذا انقطع أحد الالتزامين المتقابلين بعد أن وجد . أما فى العقود العينية وفى التبرعات فالنظرية التقليدية أقل تماسكا . إذ تقول هذه النظرية أن العقد العينى سببه التسليم ، فإذا لم يتم التسليم لم يقم الالتزام لانعدام سببه . ومن السهل هنا أن يقال أن الالتزام

لايقوم ، لا لانعدام السبب ، بل لعدم انعقاد العقد العينى إذ هو لا ينعقد إلا بالتسليم . وتقول النظرية التقليدية أن السبب فى التبرعات هو نية التبرع ، فإذا لم تكن هذه النية موجودة لم يقم التزام المتبرع لانعدام السبب . ولكن متى ثبت أن المتبرع قد رضى أن يتبرع ، فرضاؤه حتما يتضمن نية التبرع ، فإذا تبين أن هذه النية منعدمة فذلك لايكون إلا لأن الرضاء بالتبرع منعدم ، وتكون الهبة باطلة فى هذه الحالة لانعدام الرضاء لا لانعدام السبب.

(٢) ومن السهل أيضا أن نستغنى عن السبب الصحيح كما استغنينا عن السبب الموجود ، فالسبب الصحيح كما رأينا إما سبب موهوم أو سبب صورى . وإذا استعرضنا أمثلة السبب الموهوم ، وجدنا أنه يمكن الاستغناء فيها جميعا عن نظرية السبب بنظرية المحل . فالشخص غير الوارث الذى يتخارج مع مع وارث يتعامل فى حق معدوم . وهذه هى حال دائن التركة الذى يحصل على إقرار بالدين بعد أن استوفاه ، وحال الموصى له الذى يتعامل فى الموصى به إذا كانت الوصية باطلة أو كان الموصى قد عدل عنها ، وحال الدائن الذى يجدد دينا قديما بعد أن يستوفيه . أما السبب الصورى فقد رأينا أنه لا يبطل العقد إلا إذا كان يخفى سبباً موهوما أو سبباً غير مشروع ، وقد فرغنا من السبب الموهوم فننتقل الآن إلى سبب غير المشروع .

(٣) ومن السهل أخيراً أن نستغنى عن السبب المشروع فى العقود الملزمة للجانبين بفكرة الارتباط التى قدمناها . فمن يتعهد بارتكاب جريمة فى مقابل مبلغ من المال لايقوم التزامه لعدم مشروعية المحل ، وكذلك لايقوم الالتزام المقابل ، لا لعدم مشروعية سببه بل لارتباطه بالتزام غير مشروع . ومن يتعهد بعدم ارتكاب جريمة فى مقابل مبلغ من النقود لايقوم التزامه لاستحالة المحل ، إذ هو لا يستطيع إنشاء التزام قد وجد بحكم القانون قبل هذا الإنشاء ، وكذلك لايقوم الالتزام المقابل ، لا لعدم مشروعية سببه بل لارتباطه بالتزام مستحيل . أما فى العقود العينية والتبرعات

فان اشتراط مشروعية السبب غير مفهوم . فالسبب فى العقود العينية هو التسليم كما تقول النظرية التقليدية ، ولا يتصور أن يكون التسليم غير مشروع إلا إذا وقع على محل غير مشروع ، وعند ذلك لا ينعقد العقد لعدم مشروعية المحل لا لعدم مشروعية السبب . والسبب فى التبرعات هو نية التبرع ، وكيف يتصور أن تكون نية التبرع فى ذاتها غير مشروعة! إن وجه الاستحالة فى ذلك هو الذى يفسر أن بعض أنصار النظرية التقليدية ، ومنهم كابيتان ، يجنحون إلى اعتبار السبب فى التبرعات هو الباعث الدافع إلى التبرع ، بل أن القانون الرومانى ذاته يعتد بالباعث فى الوصايا وبعض الهبات كما أسلفنا القول .

ويتبين مما قدمناه أن النظرية التقليدية فى السبب نظرية عقيمة . وهى نظرية يمكن استبعادها دون أية خسارة تلحق القانون ، إذ يسهل تخريج جميع النتائج التى يراد أن تترتب عليها وذلك بالرجوع إلى أساس قانونى آخر لا علاقة له بالسبب . وما النظرية التقليدية إلا أثر من آثار الصياغة الرومانية القديمة ، وقد زالت مقتضيات هذه الصياغة، فوجب أن تزول معها . ووجب فى الوقت الذى تنبذ فيه النظرية التقليدية ألا تنبذ فكرة السبب فى ذاتها ، على أن تكون هى الفكرة الخصبة المنتجة التى تقوم على الباعث الدافع إلى التعاقد ، وهى النظرية التى قال بها القضاء الفرنسى وننتقل الآن إليها .

§ ٢ — النظرية الحديثة فى السبب

السبب هو الباعث الدافع إلى التعاقد :

لم تستطع النظرية التقليدية أن تواجه الحياة العملية ، بل انكمشت فى بطون كتب الفقه لا تلق حظا من التطبيق . ولم يلبث القضاء الفرنسى أن خرج عليها خروجا صريحا ، فكسر الحواجز التى أقامتها هذه النظرية ما بين

السبب والباعث ، وخلط بينهما خلطا تاما ، لا فى التبرعات فحسب ، بل فيها وفى سائر العقود . وقد أكسب القضاء نظرية السبب بهذا النهج مرونة لم تكن لها ، وأصبحت النظرية فى يده نظرية منتجة لاغنى عنها .

فالسبب فى نظر القضاء هو الباعث الدافع للملتزم فى أن يلتزم . ومادامت الارادة قد أصبحت حرة طليقة فى أن تنشىء ماتشاء من الالتزامات ، ومادامت الارادة لابد لها من باعث يدفعها ، فلا أقل من أن يشترط القانون أن يكون هذا الباعث . . وأن يكون الغرض الذى ترمى الإرادة إلى تحقيقه غرضا لايحرمه القانون ولا يتعارض مع النظام العام ولا يتنافى مع الآداب . وبواعث الإرادة كثيرة متنوعة ، منها الدافع وغير الدافع ، ومنها الرئيسى وغير الرئيسى ، فالباعث الدافع الرئيسى هو الذى يعتدبه ، ومتى أمكن الكشف عنه وجب الوقوف عنده ، إذ يكون هو السبب . بهذا المنطق الصحيح العملى شق القضاء طريقه إلى النظرية الحديثة ، وساير الفقه المعاصر القضاء فى هذا الطريق .

وها نحن رجعنا ، بفضل ما عند القضاء من إحساس عملى ، إلى نظرية الفقهاء الكنسيين فى السبب . وهى النظرية الخصبة المنتجة التى انحرف عنها دوما إلى النظرية التقليدية ، فكان هذا الانحراف سببا فى كل ما أحاط نظرية السبب من اضطراب وما أصابها من عقم طوال القرون الماضية .

مرونة الباعث وكيف ينضبط :

والباعث بالتحديد الذى أسلفناه أكثر مرونة من السبب فى النظرية التقليدية . ويكفى أن نعود إلى خصائص السبب نضعها إلى جانب خصائص الباعث ، لنرى النقيض إلى جانب النقيض . فقد قدمنا أن السبب معياره موضوعى ، وهو داخل فى العقد ، لايتغير فى النوع الواحد من العقود . أما الباعث فمعياره ذاتى ، وهو خارج عن العقد ، ويتغير من عقد إلى عقد بتغير المتعاقدين

وما يدفعهم من البواعث . ومادام الباعث على هذا القدر من الذاتية والانفصال والتغير ، كان من الواجب أن ننظر كيف ينضبط ، حتى لا يكون مثارا للتزعزع والقلقلة فى التعامل .

ولا يجوز بداهة أن يعتد بالباعث الذى دفع أحد المتعاقدين إلى التعاقد إذا كان هذا الباعث مجهولا من المتعاقد الآخر ، وإلا استطاع أى متعاقد أن يتخلص من التزاماته بدعوى أن الباعث له على التعاقد — وهو أمر مستكن فى خفايا الضمير — من شأنه أن يجعل العقد باطلا . فلا بد إذن من صلة وثيقة تربط كلا من المتعاقدين بالباعث . ولا بد من ضابط يرجع إليه فى ذلك . فما هو هذا الضابط ؟

أيكفى أن يكون الباعث معلوما من الطرف الآخر ؟ أو يجب أن يكون متفقا عليه بين المتعاقدين ؟ أو يصح التوسط بين هذين الحدين فيشترط أن يكون الطرف الآخر مساهما فى الباعث الذى دفع الطرف الأول إلى التعاقد دون أن يصل إلى حد الاتفاق معه عليه ، ودون أن يقف عند حد مجرد العلم به ؟ .

ونأتى بمثل يوضح هذه المراتب المتدرجة : شخص يقترض نقودا من آخر ليقامر بها ، فالمقرض قد يجهل الغرض الذى أخذ المقترض النقود من أجله ، وفى هذه الحالة لا يعتد بالباعث الذى دفع المقترض إلى التعاقد . وقد يكون المقرض صديقا للمقترض ، عالما بغرضه ، دون أن يقصد بالأقراض تمكين المقترض من المقامرة ، وهذه هى مرتبة العلم . وقد يكون المقرض مرابيا يستثمر ماله فى إقراض المقامرين ، فيكون قد قصد إلى تمكين المقترض من المقامرة ، وهذه هى مرتبة المساهمة . وقد يكون المقرض هو الشخص الآخر الذى يقامر المقترض معه ، فيتفقان على القرض للاستمرار فى المقامرة ، وهذه هى مرتبة الاتفاق . فأية مرتبة من هذه المراتب الثلاث يتطلبها القانون حتى يعتد بالباعث ؟

يقول كاپيتان الفقيه الفرنسى المعروف بوجوب الوصول إلى مرتبة الاتفاق ، فلا يعتد بالباعث إلا إذا كان متفقا عليه بين المتعاقدين ، والاتفاق وحده فى نظر كاپيتان هو الذى يدخل الباعث فى دائرة التعاقد (champ contractuel) . ولاشك فى أن كاپيتان قد اقترب بهذا القول من النظرية الحديثة فى السبب ، ولكن دون أن يدخل فى نطاقها ، فأن أحدا من أنصار النظرية الحديثة لايشترط وجوب الاتفاق على الباعث فيما بين المتعاقدين ، وإنما هم منقسمون بين مرتبة العلم ومرتبة المساهمة .

أما القضاء الفرنسى فيكتفى بمرتبة العلم ، ويعتد بالباعث الذى دفع المتعاقد إلى التعاقد مادام المتعاقد الآخر يعلم أو يستطيع أن يعلم بهذا الباعث كما هى الحال فى الغلط ، وسنرى تطبيقات مختلفة للقضاء الفرنسى تدور كلها حول هذا النطاق .

والفقه الفرنسى يميز بين المعاوضات والتبرعات ، فيتطلب فى الأولى مرتبة أعلى، ولكن الفقهاء يختلفون فى تحديد هذه المرتبة . فيذهب چوسران إلى أنه يكفى أن يكون الباعث فى المعاوضات معلوما من المتعاقد الآخر حتى يكون فى هذا وقاية للتعامل من أن يتزعزع ، أما فى التبرعات فإن الإرادة التى نقف عندها هى إرادة المتبرع وحده فهى الإرادة التى تسيطر على التصرف سواء فى ذلك أن يتم التبرع بتقابل إرادتين كالهبة أو بإرادة واحدة كالوصية، وهو لذلك يعتد بالباعث الذى دفع المتبرع إلى تبرعه سواء كان معلوما من الطرف الآخر أو كان مجهولا منه . ويذهب بوا چيزان إلى وجوب الوصول إلى مرتبة المساهمة فى المعاوضات ، والاكتفاء بمرتبة العلم فى التبرعات . ذلك أن المعاوضات تختلف عن التبرعات فى أن الأولى يبذل فيها كل من المتعاقدين شيئا من عنده ، فإرادة كل منهما تقوم بدور أساسى فى تكوين العقد ، ومن ثم وجب أن تساهم كل إرادة من هاتين الإرادتين فى الباعث الذى دفع إلى التعاقد مساهمة إيجابية ، وأن تتعاون الإرادتان معاً فى تحقيق الغرض غير المشروع . أما فى التبرعات فإرادة المتبرع وحدها

هى الأساسية ، إذ المتبرع وحده هو الذى بذل ، ومن ثم جاز الاقتصار على مرتبة العلم فهى كافية لاستقرار التعامل .

وإذ كان الذى يعنينا فى انضباط معيار الباعث هو استقرار التعامل، فالقضاء الفرنسى على حق فيما ذهب إليه من الاكتفاء بمرتبة العلم ، سواء كان التصرف تبرعا أو معاوضة .

اعتناق التقنين المدنى المصرى والتقنينات المدنية العربية الأخرى النظرية الحديثة فى السبب :

تلقى التقنين المدنى المصرى الجديد النظرية الحديثة فى السبب ميراثا عن التقنين المدنى السابق والقضاء المصرى ، فقد كان الفقه والقضاء فى مصر ، قبل صدور التقنين المدنى الجديد ، قد عبد الطريق لنبذ النظرية التقليدية الضيقة وتلقى النظرية الحديثة الخصبة .

وقد نص التقنين المدنى الجديد فى المادة ١٣٦ على أنه « إذا لم يكن للالتزام سبب ، أو كان سببه مخالفاً للنظام العام أو الآداب ، كان العقد باطلا » . وكان التقنين المدنى السابق ينص فى المادة ٩٤ / ١٤٨ على أنه « يشترط لصحة التعهدات أن تكون مبنية على سبب صحيح جائز قانونا » .

ونلاحظ الفرق ما بين النصين : فنص التقنين السابق يشترط فى السبب الصحة والمشروعية ، أما نص التقنين الجديد فلا يشترط إلا المشروعية إذ السبب غير الصحيح يدخل فى منطقة الغلط . ومن ثم لا نجد فى التقنين الجديد عبارة « السبب الصحيح » التى كنا نقرأها فى التقنين السابق . فلا يشترط إذن فى السبب إلا شرط واحد هو أن يكون مشروعا ومن أجل المشروعية وحدها قامت نظرية السبب أول ما قامت ، وإليها وحدها عادت فى التقنين المصرى الجديد . والواقع من الأمر أن السبب ، بمعنى الباعث الدافع إلى التعاقد ، يجب استبقاؤه على ألا يستخدم إلا لحماية المشروعية فى التعاقد .

ذلك أنه هو وحده الذى يستطيع أن يقوم بهذه الحماية فى صورة السبب المشروع ، ولا يغنى عنه ركن آخر ، لاركن المحل ولاركن الرضاء . ولكن عندهذا الحديجب أن تقف مهمته ، فلا تجاوز ذلك إلى حماية العاقد الآخر من الغلط فى صورة السبب الصحيح ، فأن نظرية الغلط تغنى عندئذ عن نظرية السبب بل وتفضلها من حيث الجزاء . وقد فهم القضاء فى مصر وفى فرنسا ، وهو يلامس الحياة العملية ، مهمة السبب على هذا الوجه ، فتراه يكاد يقتصر على السبب غير المشروع فى إبطال العقد ، وقل أن نجد تطبيقاً قضائيا لما يدعى بالسبب غير الصحيح إذ هو يختلط فى العمل بالغلط .

ولم يصرح التقنين المدنى الجديد فيما أورده من نص بالمعنى الذى يقصده من « السبب » ، ولكن لاشك فى أنه يعتنق النظرية الحديثة وينبذ النظرية التقليدية ، فقد كان هذا هو شأن التقنين السابق وهو لا يزيد فى صراحة التعبير عن التقنين الجديد . وكان الفقه والقضاء فى مصر يفسران عبارات التقنين السابق على معنى النظرية الحديثة لا على معنى النظرية التقليدية ، ولم يقطع التقنين الجديد صلته بالماضى ، بل هو قد تأثر بنوع خاص بتقاليد القضائين المصرى والفرنسى ، وقد ذكر ذلك صراحة فى المذكرة الأيضاحية للمشروع التمهيدى . فالسبب إذن ، فى نظر التقنين المدنى الجديد ، هو الباعث الدافع إلى التعاقد ، وكل ماأوردناه عن النظرية الحديثة فى السبب ينطبق فى التقنين الجديد ولابد فى التقنين الجديد أيضاً من أن يكون السبب معلوما من المتعاقد الآخر ، فإذا كان الباعث الذى دفع أحد المتعاقدين إلى التعاقد غير مشروع ، ولم يكن المتعاقد الآخر يعلم بهذا الباعث وليس فى استطاعته أن يعلم به ، فعدم المشروعية هنا لايعتد به ، ويكون العقد صحيحاً . ويقوم ، لاعلى الأرادة الحقيقية فهى غير مشروعة ؛ ولكن على الإرادة الظاهرة ، شأنه فى ذلك شأن العقد الذى يقوم على إرادة معيبة بغلط أو تدليس أو إكراه ولايعلم المتعاقد الآخر بالعيب ولا يستطيع أن يعلم به .

والتقنينات المدنية العربية الأخرى ـــ التقنين السورى والتقنين الليبى والتقنين العراقى ـــ سارت على غرار التقنين المصرى واعتنقت النظرية الحديثة فى السبب .

أما التقنين اللبنانى فيفرق بين سبب الالتزام وسبب العقد ، فسبب الالتزام هو السبب المعروف فى النظرية التقليدية ، أما سبب العقد فهو السبب المعروف فى النظرية الحديثة . بيد أن هذه التفرقة ليست فى الواقع ألا إبقاء على التمييز بين دلالة السبب فى الفقه التقليدى وبين دلالته الحديثة كما استخلصها القضاء ، ولا نرى مقتضيا لاستبقاء النظرية التقليدية وتكميلها بالنظرية الحديثة كما فعل التقنين اللبنانى ، وقد رأينا فيما قدمناه أن النظريه التقليدية لا نفع فيها وإن الاستغناء عنها ميسور . هذا إلى أن ربط النظريتين إحداهما بالأخرى هو ربط بين نظريتين تختلفان كل الاختلاف فى النزعة وفى الأصل التاريخى ، وقد رأينا أن أحداهما تسربت إلينا عن الفقهاء الرومانيين فى القرون الوسطى وهى تحمل أثر الصنعة الرومانية ، والأخرى تلقيناها عن الفقهاء الكنسيين وقد بنوها على أصول خلقية وبعدوا بها عن الصياغة الرومانية بعد أن حرروا الإرادة من قيودها الشكلية . ففيم إذن الربط بين نظريتين متنافرتين كل هذا التنافر ! وما الجدوى فى هذا الربط ، والنظرية الحديثة فيها وحدها كل الغناء !

تطبيقات القضاء فى مصر وفى فرنسا للنظرية الحديثة فى السبب :

ونورد هنا بعض تطبيقات للنظرية الحديثة فى السبب عن القضاء فى مصر وفى فرنسا .

ففى مصر قضت محكمة الاستئناف الوطنية (١٣ يونيه سنة ١٩٠٩ المجموعة الرسمية ١١ رقم ٣ ص ٦) بأنه إذا كان الباعث لتبرع الخليل لخليلته هو استبقاء العلاقة غير الشريفة بينهما كان العقد باطلا ، أما إذا كان الباعث هو تعويض الخليلة عما أصابها من الضرر بسبب هذه المعاشرة غير الشرعية بعد أن انقطعت فالباعث يكون صحيحاً . وقد كان القضاء المختلط أكثر أمعانا من القضاء الوطنى فى الأخذ بالنظرية الحديثة فى السبب . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة (٢٧ يناير سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ١٣٦) بأن بيع

أسلحة محرم أستيرادها إلى مصر يكون باطلا لعدم مشروعية السبب ، متى كان البائع عالما بهذا التحريم . وقضت (١٥ مايو سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٣٩٤) بأن عقد القرض يكون باطلا إذا قصد المقترض منه أن يتمكن من المقامرة ، وكان المقرض عالما بهذا القصد . وقضت (١٦ مارس سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٢٠٣) بأن التوكيل المعطى لسمسار لعقد صفقات بقصد المضاربة فى البورصة عقد باطل لعدم مشروعية السبب ، ولكن قصد المضاربة يجب أن يكون معلوما من السمسار وإلا فلا يعتد به (استئناف مختلط ٥ ديسمبر سنة ١٩٣٤ م ٤٧ ص ٥٠) . وقضت محكمة الإسكندرية التجارية المختلطة (٨ يونيه سنة ١٩١٦ جازيت ٦ رقم ٥٣٦ ص ١٧٦) بنفس المبدأ الذى قضت به محكمة الاستئناف الوطنية من أنه إذا كان الباعث على التبرع استبقاء العلاقة بين الخليل وخليلته كان العقد باطلا ، أما إذا كان هو التعويض عما أصاب الخليلة من الضرر بسبب المعاشرة فالباعث مشروع والعقد صحيح .

وفى فرنسا كثيراً ما يبطل القضاء عقوداً يكون الباعث إلى التعاقد فيها غير مشروع ، وإن كان السبب بالمعنى الذى تقول به النظرية التقليدية مشروعا . فالبيع والايجار ، إذا وقع أى منهما على منزل يريد المشترى أو المستأجر إدارته للعهارة ، وكان البائع أو المؤجر عالما بقصد المشترى أو المستأجر ، كان العقد باطلا طبقا لأحكام القضاء الفرنسى (محكمة باريس الاستئنافية ٢٦ ديسمبر ١٨٩٩ جازيت دى پاليه ١٩٠٠ — ١ — ١٣٢) . ويفعل القضاء الفرنسى ذلك أيضاً فى الأماكن التى تدار للمقامرة ، فبيع أو إيجار مبنى يراد به أن يكون مكانا للمقامرة باطل (محكمة پوا الاستئنافية ٢٨ يونيه ١٩٠٦ سيريه ١٩٠٧ — ٢ — ٦١) . ويقضى ببطلان عقد الاستخدام فى محل يدار للعهارة (محكمة النقض الفرنسية ١١ نوفمبر سنة ١٨٩٠ داللوز ٩١ — ١ — ٤٨٤) . ويبطل قرضا يكون قصد المقترض منه أن يتمكن من المقامرة ويكون المقرض عالما بهذا القصد ، سواء كان مشتركا معه فى المقامرة أو لم يكن ، وسواء كان يفيد من هذه المقامرة أو لم يكن يفيد (محكمة النقض الفرنسية ٤ يوليو سنة ١٨٩٢ داللوز ٩٢ — ١ — ٥٠٠) .

ويبطل القرض أيضا إذا كان الغرض منه أن يتمكن المقترض من الحصول على منزل يديره للعهارة (محكمة النقض الفرنسية أول إبريل سنة ١٨٩٥ سيريه ٩٦ - ١ - ٢٨٩) ، أو أن يستبقى صلات غير شريفة تربطه بخليلة له (محكمة النقض الفرنسية ١٧ إبريل سنة ١٩٢٣ واللوز ١٩٢٣ - ١ - ١٧٢) . أما فى التبرعات ، فقد كان القضاء الفرنسى أشد إمعانا فى جعل الباعث هو السبب ولم يقف عند نية التبرع ، بل اعتد بالباعث على التبرع . فيقضى بنفس المبدأ الذى رأينا القضاء المصرى يقضى به ، ويبطل تبرع الخليل لخليلته إذا ثبت أن الباعث على هذا التبرع قد كان لإيجاد هـذه العلاقة غير المشروعة أو لاستبقائها أو لإعادتها (محكمة النقض الفرنسية ٨ يونيه سنة ١٩٢٦ واللوز ١٩٢٧ - ١ - ١١٣) . أما إذا كان الباعث على التبرع إنما هو تعويض الخليلة عما أصابها من الضرر بسبب هذه المعاشرة غير المشروعة بعد أن انقطعت ، فالباعث يكون مشروعا ، والتبرع يكون صحيحا ، بل هو فى الواقع يعتبر وفاء لالتزام طبيعى (محكمة النقض الفرنسية ١١ مارس سنة ١٩١٨ سيريه ١٩١٨ - ١ - ١٧٠) . وإذا تبرع الزوج لزوجته حتى يحملها على الرضاء بالانفصال الودى ، كان سبب تبرعه ، أو الباعث عليه ، غير مشروع ، ويبطل التبرع (محكمة النقض الفرنسية ٢ يناير سنة ١٩٠٧ داللوز ١٩٠٧ - ١ - ١٣٧) . وإذا اقترن التبرع بشرط دافع غير مشروع ، كان هذا الشرط هو الباعث أو السبب ، ويبطل التبرع جميعه ولا يقتصر الأمر على بطلان الشرط (محكمة النقض الفرنسية ٣١ أكتوبر سنة ١٩٢٢ واللوز ١٩٢٢ - ١ - ٢٣٩) .

وقد أخذ التقنين المدنى الأيطالى الجديد الصادر فى سنة ١٩٤٢ بالنظرية الحديثة فى السبب ، فقضى فى المادة ١٣٤٥ بأن الباعث غير المشروع يبطل العقد إذا ثبت أن المتعاقد إنما انساق إلى التعاقد مدفوعا بهذا الباعث وحده ، وكان باعثا اشترك فيه كلا المتعاقدين .

المبحث الثانى

نظرية السبب فى القانون الألمانى

القانون الالمانى نزعته موضوعية لاذاتية :

يتميز القانون الألمانى عن القوانين اللاتينية بأن نزعته موضوعية (objectif) لاذاتية (subjectif) . فهو يقف عند التعبير المادى للإرادة ، ولايجاوزه إلى الإرادة ذاتها وهى تختلج فى الضمير ، ومن باب أولى لايتقصى الإرادة بما صدرت عنه من دوافع نفسية وبواعث ذاتية . فالباعث على التعاقد مالم يكن جزءاً من التعبير عن الإرادة لايعتد به ، ومن ثم لايعرف القانون الألمانى نظرية للسبب تضارع النظرية الذاتية التى رأيناها فى القوانين اللاتينية . فالإرادة وطرق الكشف عنها والعيوب التى تشوبها والبواعث التى تدفعها ، كل ذلك ينحصر فى شىء واحد هو التعبير عن الإرادة ، فى هذا التعبير – لافى غيره – يجب أن نتلمس كل شىء .

والتعبير عن الإرادة هو الإرادة الظاهرة ، إذا وضعت إلى جانب الإرادة الباطنة . ويمكن القول أن السبب فى القانون الألمانى يتلخص فى مسألتين : (١) العبرة بالإرادة الظاهرة أى بالتعبير عن الإرادة . (٢) والسبب جزء من التعبير عن الإرادة .

المطلب الأول

العبرة فى القانون الألمانى بالارادة الظاهرة أى بالتعبير عن الارادة

الارادة الباطنة والارادة الظاهرة :

يجب التمييز بين الإرادة الكامنة فى النفس والمظهر الخارجى للتعبير عنها . أما الإرادة الكامنة فى النفس فهى عمل نفسى ينعقد به العزم على شىء معين . وما دامت الإرادة عملا نفسيا ، فأنه لايعلم بها من الناس إلا صاحبها ، ولا يعلم

بها غير. إلا إذا عبر عنها بأحد مظاهر التعبير. فالإرادة الكامنة فى النفس هى الإرادة الباطنة ، ومظهر التعبير عن هذه الإرادة هو الإرادة الظاهرة .

وإذا لم تختلف الإرادة الداخلية عن مظهرها الخارجى ، فسيان الأخذ بالإرادة الباطنة أو بالإرادة الظاهرة مادامت الاثنتان متطابقتين . أما إذا اختلفتا — كما إذا أمضى شخص عقدا مطبوعا يتضمن شرطا كان لايقبله لو فطن له ، وكشخص ينزل فى فندق على شروط لايعلمها ولكنها مكتوبة ومعلقة فى غرفته ، وكمن يوصى على أثاث منزلى بطريق التأشير على بيان مطبوع فإذا به يؤشر على أثاث غرفة نوم وهو يريد أثاث غرفة استقبال - فالقاعدة المعروفة فى القوانين اللاتينية أن الإرادة الباطنة هى التى يؤخذ بها . ولكن الفقه الجرمانى يأخذ بالإرادة الظاهرة . ومن هنا اختلفت المدرسة الألمانية مع المدرسة الفرنسية فى العقد ، كما اختلفتا فى الالتزام ، كما اختلفتا فى نظرتهما العامة للعلاقات القانونية . فالأولى تقف أمام المظاهر المادية المحسوسة فنظرتها موضوعية، والأخرى تنفذ إلى البواطن النفسية فنظرتها ذاتية . فإذا اقتصرنا على العقد ، رأينا المدرسة الفرنسية تأخذ بالأرادة الباطنة ، وتأخذ المدرسة الألمانية بالأرادة الظاهرة .

ونظرية الإرادة الباطنة تبحث عن الإرادة فيما تنطوى عليه النفس ، أما مظهر التعبير عن الإرادة فليس إلا قرينة عليها تقبل إثبات العكس . فإذا قام دليل من جهة أخرى على أن المظهر المادى لايتفق مع الإرادة النفسية ، فالعبرة بهذه لابذاك . وإذا تعذر الوصول إلى معرفة الإرادة النفسية عن طريق الجزم ، فما على القاضى إلا أن يتعرفها عن طريق الافتراض . فالإرادة الحقيقية أولا، وإلا فالإرادة المفترضة . ولكنها - حقيقية كانت أو مفترضة — هى الإرادة الباطنة لا الإرادة الظاهرة : الإرادة الحرة المختارة فى معدنها الحقيقى ، غير متأثرة لابغش ولا بإكراه ولا بغلط .

المبحث الثانى

نظرية السبب فى القانون الألمانى

القانون الالمانى نزعته موضوعية لاذاتية :

يتميز القانون الألمانى عن القوانين اللاتينية بأن نزعته موضوعية (objectif) لاذاتية (subjectif) . فهو يقف عند التعبير المادى للإرادة ، ولايجاوزه إلى الإرادة ذاتها وهى تختلج فى الضمير ، ومن باب أولى لايتقصى الإرادة بما صدرت عنه من دوافع نفسية وبواعث ذاتية . فالباعث على التعاقد مالم يكن جزءاً من التعبير عن الإرادة لايعتد به ، ومن ثم لايعرف القانون الألمانى نظرية للسبب تضارع النظرية الذاتية التى رأيناها فى القوانين اللاتينية . فالإرادة وطرق الكشف عنها والعيوب التى تشوبها والبواعث التى تدفعها ، كل ذلك ينحصر فى شىء واحد هو التعبير عن الإرادة ، ففى هذا التعبير — لافى غيره — يجب أن نتلمس كل شىء .

والتعبير عن الإرادة هو الإرادة الظاهرة ، إذا وضعت إلى جانب الإرادة الباطنة . ويمكن القول أن السبب فى القانون الألمانى يتلخص فى مسألتين : (١) العبرة بالإرادة الظاهرة أى بالتعبير عن الإرادة. (٢) والسبب جزء من التعبير عن الإرادة .

المطلب الأول

العبرة فى القانون الألمانى بالارادة الظاهرة أى بالتعبير عن الارادة

الارادة الباطنة والارادة الظاهرة :

يجب التمييز بين الإرادة الكامنة فى النفس والمظهر الخارجى للتعبير عنها . أما الإرادة الكامنة فى النفس فهى عمل نفسى ينعقد به العزم على شىء معين . وما دامت الإرادة عملا نفسيا ، فأنه لايعلم بها من الناس إلاصاحبها ، ولايعلم

بها غير. إلا إذا عبر عنها بأحد مظاهر التعبير. فالإرادة الكامنة فى النفس هى الإرادة الباطنة ، ومظهر التعبير عن هذه الإرادة هو الإرادة الظاهرة .

وإذا لم تختلف الإرادة الداخلية عن مظهرها الخارجى ، فسيان الأخذ بالإرادة الباطنة أو بالإرادة الظاهرة مادامت الاثنتان متطابقتين . أما إذا اختلفتا — كما إذا أمضى شخص عقداً مطبوعاً يتضمن شرطاً كان لايقبله لو فطن له ، وكشخص ينزل فى فندق على شروط لايعلمها ولكنها مكتوبة ومعلقة فى غرفته ، وكمن يوصى على أثاث منزلى بطريق التأشير على بيان مطبوع فإذا به يؤشر على أثاث غرفة نوم وهو يريد أثاث غرفة استقبال - فالقاعدة المعروفة فى القوانين اللاتينية أن الإرادة الباطنة هى التى يؤخذ بها . ولكن الفقه الجرمانى يأخذ بالإرادة الظاهرة . ومن هنا اختلفت المدرسة الألمانية مع المدرسة الفرنسية فى العقد ، كما اختلفتا فى الالتزام ، كما اختلفتا فى نظرتهما العامة للعلاقات القانونية . فالأولى تقف أمام المظاهر المادية المحسوسة فنظرتها موضوعية ، والأخرى تنفذ إلى البواطن النفسية فنظرتها ذاتية . فإذا اقتصرنا على العقد ، رأينا المدرسة الفرنسية تأخذ بالأرادة الباطنة ، وتأخذ المدرسة الألمانية بالأرادة الظاهرة .

ونظرية الإرادة الباطنة تبحث عن الإرادة فيما تنطوى عليه النفس ، أما مظهر التعبير عن الإرادة فليس إلا قرينة عليها تقبل إثبات العكس . فإذا قام دليل من جهة أخرى على أن المظهر المادى لايتفق مع الإرادة النفسية ، فالعبرة بهذه لا بذاك . وإذا تعذر الوصول إلى معرفة الإرادة النفسية عن طريق الجزم ، فما على القاضى إلا أن يتعرفها عن طريق الافتراض . فالإرادة الحقيقية أولا ، وإلا فالإرادة المفترضة . ولكنها - حقيقية كانت أو مفترضة — هى الإرادة الباطنة لا الإرادة الظاهرة : الإرادة الحرة المختارة فى معدنها الحقيق ، غير متأثرة لا بغش ولا بإكراه ولا بغلط .

وفى النصف الثانى من القرن التاسع عشر بحث فقهاء الألمان نظرية الإرادة الباطنة بحث المدقق ، وخلصوا من بحثهم إلى أن هذه الإرادة النفسية لا يجوز أن يكون لها أثر فى القانون . فهى شيء كامن فى النفس ، والإرادة التى تنتج أثرا هى الإرادة فى مظهرها الإجتماعى ، لا فى مكمنها وهى تختلج فى الضمير . ولا تأخذ الإرادة مظهرا اجتماعيا إلا عند الأفصاح عنها . فالعبرة بهذا الأفصاح ، إذ هو الشيء المادى الذى يستطيع القانون أن يحيط به وأن يرتب أحكامه ، دون حاجة إلى تحسس ما تنطوى عليه النفس من نيات ، فإن القانون ظاهرة اجتماعية لا ظاهرة نفسية ، والإرادة الباطنة لا وجود لها إلا فى العالم النفسى . فإذا أريد أن يكون لها وجود فى العالم الإجتماعى ، وجب أن تتجسم فى مظهرها المادى ، وهو ما يستطاع أدراكه . وفى هذا إستقرار للتعامل ، وطمأنينة لمن يسكن بحق إلى ما يظهر أمامه من إرادة لا يستطيع التعرف عليها إلا من طريق التعبير عنها ، فلا يحتج عليه بعد ذلك بأن من تعاقد معه كان ينطوى على نية أخرى غير التى تستخلص من الطريق الذى اختاره للتعبير عن هذه النية . ولا يشترط أصحاب نظرية الإرادة الظاهرة طريقاً خاصاً لمظهر التعبير ، فأى مظهر من هذه المظاهر يصح عندهم . وقد يكون هذا المظهر تعبيراً صريحاً أو تعبيراً ضمنياً ، وقد يكون مجرد السكوت فى أحوال خاصة مظهرا من مظاهر التعبير . والمهم عندهم ألا تقتصر الإرادة على عمل نفسى ، بل تبرز إلى العالم المادى فى علامة ظاهرة ، هى التى نقف عندها ، ونقدر الارادة بقدرها . وهم لا يكتفون من المظهر الخارجى للإرادة بأن يكون مجرد دليل عليها — دليل يقبل إثبات العكس إذا تبين من الظروف أن التعبير الخارجى لا يتفق مع الارادة الداخلية — ولو اكتفوا بذلك المظهر لاتفقوا مع أصحاب نظرية الارادة الباطنة . ولكنهم يذهبون إلى مدى أبعد ، ويعتبرون هذا المظهر الخارجى هو العنصر الأصلى للإرادة ، فيجب الوقوف عنده . وإذا كان لابد من اعتباره دليلا على الارادة الداخلية ، فهو دليل لا يقبل إثبات

العكس ، فلا يسمع لشخص يدعى أنه أضمر غير ما أظهر ، مادام قد أراد هذا التعبير الذى اختاره مظهرا لإرادته .

التعبير عن الارادة :

ومادمنا فى صدد القانون الألمانى ، فليس لنا أن نتكلم فى « الارادة » ، بل يجب الكلام فى « التعبير عن الارادة » . فالأرادة لاتكون ظاهرة قانونية إلا إذا لبست لباس التعبير ، ولا يعرف القانون الارادة ذاتها ، بل يعرف التعبير عن الارادة .

وإذا كان يجب أن يكون وراء مظهر التعبير إرادة كامنة ، فهذه الارادة إنما تكون مقصورة على أن يقصد بالأرادة الظاهرة أن تتخذ مظهرها الخارجى لتحدث أثرها القانونى . فمن يعبر عن إرادته بالكتابة لا يقصد بهذه الإرادة المكتوبة أن تتخذ مظهرها الخارجى فى الكتابة لتحدث أثرها القانونى إلا وقت أن يوقع على هذه الكتابة ، بل هو فى الغالب لا يقصد ذلك إلا بعد أن يسلم الورقة المكتوبة أو بعد أن يقوم بتصديرها . ويترتب على ذلك أن أفعال الطفل أو المجنون لا يصح أن تؤخذ مظهرا ماديا يعتد به فى التعبير عن الأرادة ليس لأن أرادة الطفل أو المجنون معدومة فى ذاتها فهذا أمر يتعلق بالأرادة الباطنة، بل لأنه لا يصح أن يقال أن أيا من الطفل أو المجنون قد قصد أن تتخذ أرادته هذا المظهر الخارجى لتحدث أثرها القانونى وهذا هو الأمر الذى يتعلق بالإرادة الظاهرة .

ولابد من وجود الأرادة الظاهرة وجودا حقيقيا .فالإرادة المكتوبة لاوجود لها إذا كانت مزورة . أما إذا لم تكن مزورة فهى موجودة ، حتى لو وجهت إلى غير الشخص المقصود بأن وجهت خطأ إلى شخص أخر يحمل اسم الشخص المقصود.

ومتى وجدت الإرادة الظاهرة ، وجب الاعتداد بها دون الإرادة الباطنة لسببين : (١) لأن الإرادة لا يكون لها قوام قانونى ألا إذا اتخذت مظهرا خارجيا ، أما إذا بقيت أرادة باطنة كامنة فى خفايا النفس ، فهى ظاهرة نفسية وليست ظاهرة اجتماعية كما قدمنا ، والقانون إنما يعنى بالظواهر الاجتماعية ولا شأن له بالظواهر النفسية . (٢) ولأن من صدرت منه الإرادة يلتزم حتما بما ولدت هذه الإرادة من مظاهر اطمأنت إليها الناس فى التعامل ، وهذا هو الأثر المتولد عن التعبير عن الإرادة لا عن الإرادة نفسها ، فوجب أذن الاعتداد بالتعبير أى بالإرادة الظاهرة دون الإرادة الباطنة .

هذا وقد تكون النتائج العملية للتمييز بين مبدأى الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة نتائج محدودة ، وهى لا تظهر على كل حال ألا إذا أمكن تقديم دليل على أن الإرادة الباطنة تختلف عن الإرادة الظاهرة . وفى الأحوال غير الكثيرة التى يمكن فيها تقديم هذا الدليل يتقارب المبدأن من ناحية أخرى . ذلك أن مبدأ الإرادة الباطنة لا يترك المظهر الخارجى الخاطىء دون جزاء ، بل يرتب عليه الحق فى التعويض ، على أساس المسئولية التقصيرية ، لمن اطمأن لهذا المظهر ، حماية للثقة المشروعة . ومهما يكن من أمر ، فلا يزال هناك فرق بين المبدأين لا يجوز إغفاله . فنظرية الإرادة الظاهرة تنظر إلى الإرادة باعتبارها ظاهرة اجتماعية ، أما نظرية الإرادة الباطنة فتنظر إلى الإرادة باعتبارها ظاهرة نفسية . وهذا الفارق تترتب عليه نتيجتان عمليتان : (١) عند تفسيرا لعقد ، إذا أخذ القاضى بمبدأ الإرادة الظاهرة فهو لا يكون ملزما أن يتحسس الإرادة الداخلية فيما تجنه سريرة المتعاقدين ، بل هو يقف عند المظهر الخارجى للتعبير عن الإرادة ، فيفسره تفسيرا اجتماعيا لا نفسيا ، مستندا فى ذلك إلى العرف الجارى وإلى المألوف فى التعامل ، وسنفصل ذلك فيما يلى . (٢) إذا أخذ القاضى بمبدأ الإرادة الظاهرة ، فأن مسألة تفسير العقد تصبح مسألة قانون تخضع لرقابة محكمة النقض ، مادام الغرض ليس هو تفسير نية المتعاقدين بل تفسير نص العقد ، فيكون حكم ذلك هو حكم

تفسير نص القانون . أما إذا كان التفسير يتجه إلى بحث الإرادة الباطنة ، فهذه مسألة واقع ، لقاضى الموضوع فيها الرأى الأعلى .

كيف يكون تفسير التعبير عن الارادة :

يعد التعبير عن الارادة ذا وجود مستقل عن الارادة ذاتها وعن الشخص الذى صدر منه التعبير . فلا نتلمس فى تفسير التعبير الإرادة الباطنة التى انطوى عليها هذا الشخص ، بل ننظر إلى التعبير ذاته فى الصورة التى ظهر بها ، فهو بمثابة قانون ينظم مصالح الطرفين ، فيفسر على النحو الذى يفسر به القانون ، ويعتد فى تفسيره بالعرف وقواعـــد العدالة ومقتضيات استقرار التعامل .

ويقول سالى[1] فى كتابه المعروف « التعبير عن الارادة فقرة ٥٥ — فقرة ٩٥ » ان هناك قواعد ثلاثا تجب مراعاتها عند تفسير التعبير عن الارادة :

(أولا) يعتد بالتعبير ذاته الذى أراده من أصدر هذا التعبير ، لا بالتعبير الذى كان ينوى أن يصدره ولم يصدر فعلا . فإذا ثبت أن صاحب التعبير أراد التعبير الذى صـــدر منه ، ولكن ثبت من جهة أخرى انه إنما كان ينوى أن يصدر تعبيرا آخر ، فالعبرة بالتعبير الذى صدر منه فعلا لا بالتعبير الذى كان ينويه ، وليس أمامه فى هذه الحالة إلا أن يطعن فى التعبير الذى صدر منه فعلا بالغلط . ومعنى ذلك أن التعبير الذى صدر منه فعلا هو الذى يعتد به ، ولكنه يكون قابلا للإبطال لعيب شابه ، فإذا زال الحق فى طلب الأبطال لأى سبب ، بقى التعبير الذى صدر فعلا قائما وأنتج أثره . أما فى نظرية الارادة الباطنة ، فالتعبير الذى يصدر مخالفا للتعبير الذى كان فى النية صدوره يعتبر تعبيرا باطلا أصلا ، فلا ينتج أى أثر .

ويلاحظ أن هناك نوعين من الغلط : غلطا فى الارادة وغلطا فى التعبير. فالغلط فى الارادة هو مغايرة التعبير الذى صدر فعلا عن التعبير الذى كان منويا صدوره ، أما الغلط فى التعبير فهو مغايرة التعبير الذى صدر فعلا عن التعبير الذى أريد فعلا صدوره ولكنه لم يصدر لسهو من صاحبه . فلو كان عند شخص داران ، إحداهما فى القاهرة والأخرى فى الاسكندريه ، وكان مقيما فى الخارج ، وبلغه أن احدى الدارين قد نزل ايرادها فأراد بيعها ، ولكنه ظن خطأ أن الدار التى نزل إيرادها هى دار الإسكندرية بينما هى دار القاهرة . فباع دار الاسكندرية ، كان هناك غلط فى الارادة لاغلط فى التعبير ، فإنه أراد التعبير الذى صدر منه ولم يقع غلط فيه ، ولكن الغلط وقع فى الارادة إذ كان يريد بيع الدار التى نزل إيرادها فباع الأخرى . أما إذا كان يعرف الحقيقة وان الدار التى نزل إيرادها هى دار القاهرة وأراد بيعها ، فسها فى التعبير وذكر دار الإسكندرية بدلا من أن يذكر دار القاهرة ، كان الغلط هنا غلطا فى التعبير ، إذ أنه وهو يذكر دار الاسكندرية لم يرد أن يصدر منه هذا التعبير ، وشرط التعبير أن يريده صاحبه كما قدمنا. وفى الحالة الأولى — حالة الغلط فى الارادة — يطعن فى التعبير بالغلط ويكون قابلا للأبطال كما سبق القول . أما فى الحالة الثانية — حالة الغلط فى التعبير — فينبغى أن يعتبر التعبير باطلا ولا يعتد به لأن صاحبه لم يرد أن يصدر منه . والفرق واضح بين تعبير قابل للإبطال فى الحالة الأولى وتعبير باطل فى الحالة الثانية . ومع ذلك فان التقنين المدنى الألمانى (م ١١٩) يعد التعبير قابلا للإبطال فى الحالتين .

(ثانيا) لايقتصر فى التفسير على العبارات التى تضمنت التعبير عن الارادة أو أى مظهر خارجى تضمن هذا التعبير . بل يعتمد فى التفسير بما أحاط التعبير عن الارادة من ظروف خارجية ، كوقائع مادية ومكاتبات سابقة على صدور التعبير وعلاقات عمل سابقة بين الطرفين والمألوف فى التعامل بينهما ، على أن يكون المعنى المستخلص من كل هذا هو المعنى الذى

يستخلصه الشخص عادة وفقا للعرف الجارى فى المعاملات . ولا يعتد من هذه الظروف الخارجية إلا بما أحاط منها بالتعبير ذاته وبما يمكن اعتباره بمثابة الجو الذى قام فيه التعبير ، أما الظروف التى لا علاقة تربطها بالتعبير فلا يعتد بها . فلو أن بائع الدار فى المثل المتقدم قال إنه يبيع داره ، ثم انزلق لسانه فذكر دار الإسكندرية بدلا من دار القاهرة، وأمكن بالرجوع إلى الظروف الخارجية والمكاتبات السابقة استخلاص ان المشترى فهم ، أو كان ينبغى أن يفهم ، الأمر على حقيقته ، وأدرك ،أو كان ينبغى أن يدرك ، سهو البائع وانه إنما أراد أن يقول دار القاهرة لادار الاسكندرية ، جاز تفسير التعبير عن الارادة على هذا النحو فتصحح الظروف الخارجية ماورد خطأ فى التعبير،ويكون التعبير المعتد به هو التعبير الذى أراد صاحبه صدوره منه لا التعبير الذى صدر فعلا.ولا نقتصر كما فعلنامن قبل على اعتبار التعبير الذى صدر فعلا باطلا ، بل نجاوز ذلك إلى تصحيحه وإحلال التعبير الذى أراد صاحبه صدوره منه محله . ويترتب على ذلك ان المشترى إذا قبل شراء الدار التى فى الإسكندرية يكون قبوله غير مطابق حكما للإيجاب ، وإن كان مطابقا له فى الظاهر ، فلا يتكون العقد لأن الايجاب والقبول لم يتوافقا على محل واحد . فإذا لم يمكن أن يستخلص من الظروف الخارجية ما يصحح التعبير عن الإرادة على هذا الوجه ، فبقى التعبير قائما وقبله المشترى فانعقد العقد ، فهل يجوز البائع أن يطالب بإبطال العقد للغلط ؟ الظاهر أنه لايجوز له ذلك مادام المشترى كان على حق فى فهم الأيجاب على أنه متعلق بالدار التى فى الأسكندرية ، لأن استقرار التعامل يقتضى قيام العقد صحيحا فى هذه الحالة كما سيأتى (انظر سالى فى التعبير عن الأرادة فقرة ٨١) .

(ثالثا) إذا أدى التعبير عن الإرادة إلى انعقاد العقد ، فإن التعبير — وقد كان مجرد إيجاب من قبل ثم انصب عليه القبول بعد ذلك — يصبح تعبيرا مشتركا بين الطرفين لايستقل به أحدهما ، ومن ثم وجب استخلاص نية المتعاقدين المشتركة وفقا لما تقتضيه النزاهة فى التعامل loyaute en matière

des transcations . والنية المشتركة ليست بالنية الذاتية لكل من المتعاقدين ، فقد يتعذر تطابق هاتين النيتين ، وإنما هى نية موضوعية مشتركة متجهة إلى ماينبغى أن يكون لا إلى ما كان فعلا ، فلا تستخلص كل نية على حدة ، بل تستخلص نية مشتركة هى التى يتوقعها الطرفان معاً كل منهما من الآخر ، وقد أدخلها كل منهما فى حسابه واستقر تعاملهما عليها .

فإذا وقع خلاف بين النيتين الذاتيتين للمتعاقدين ، وجب على القاضى التوفيق بينهما لاستخلاص نية مشتركة منهما جميعا ، يسترشد فى استخلاصها بما ينبغى أن يسود التعامل من النزاهة وحسن النية وبالعرف المستقر ، فإن كلا من المتعاقدين من حقه أن يتوقع ذلك من المتعاقد الآخر . فيرسم القاضى للعقد غاية اجتماعية ، موضوعية لا ذاتية ، يستخلصها من ظروف التعاقد وملابساته ، وهى الغاية التى ينتظر كل متعاقد من صاحبه أن يهدف إليها من وراء تعاقده . وعلى هذه الغاية الموضوعية يركز القاضى نية كل من المتعاقدين ، فتتلاقى النيتان عندها وتنقلبان من نيتين ذاتيتين متفرقتين إلى إرادة موضوعية مشتركة . فلا ينبغى إذن أخذ إرادة كل من المتعاقدين بمفردها وعزلها عن إرادة المتعاقد الآخر ، بل يجب أخذ الإرادتين معاً منتظمتين فى إرادة واحدة على نحو من التفسير هو المألوف بين الناس ، فليس يقوم العقد على إرادتين منفصلتين بل يقوم على إرادة مشتركة . ولا يمكن القاضى إلا أن يفعل ذلك ، وإلا أن يتلمس إرادة موضوعية مشتركة من الجمع بين الإرادتين الذاتيتين للمتعاقدين ، فأنه إن لم يفعل ، وأخذ بإرادة دون أخرى ، أو اقترب من إرادة وابتعد عن أخرى ، كان فى هذا إيثار لأحد المتعاقدين وتضحية للمتعاقد الآخر .

فالإرادة المشتركة للمتعاقدين ليست هى حتما نية من صدر منه الإيجاب ، وليست هى حتما نية من صدر منه القبول ، بل هى نية تعاقدية مشتركة استخلصت عن طريق تحوير كل من الإيجاب والقبول ، ونقلهما من نطاق

ذاتى إلى نطاق موضوعى ، حتى يتم التطابق بينهما . وقد يقال أن هذه الإرادة المشتركة ليست هى الإرادة الحقيقية لأى من المتعاقدين ، بل هى إرادة مصطنعة موهومة خلقناها خلقا حتى يقوم عليها العقد . ولكن أليس ذلك خيرا من الأخذ بالإرادة الحقيقية لأحد المتعاقدين وإغفال الإرادة الحقيقية للمتعاقد الآخر ! فليس العقدهو سيطرة الإرادة الفردية فى ذاتها ، وإنما هو أداة التوفيق ما بين الإرادات الفردية للوفاء بمصالح متقابلة والوصول إلى غاية مشتركة . ومن ثم إذا صدر إيجاب ،فإن استقرار التعامل وضرورات الائتمان تقتضى أن يلتزم الموجب بالمعنى الظاهر من إيجابه ، ذلك المعنى الذى يستطيع المتعاقد الآخر أن يستخلصه ، وهو المعنى الذى يجب الأخذ به ، فعنده يتلاقى كل من الإيجاب والقبول (١) .

المطلب الثانى

السبب جزء من التعبير عن الإرادة فى القانون الألمانى

ليس للسبب وجود مستقل عن التعبير :

قدمنا أن القانون الألمانى لا يعتد فى الإرادة إلا بالتعبير عنها ، فالتعبير عنده هو الإرادة ذاتها . ولكنه ، من جهة أخرى ، يجعل للمتعاقدين الحرية فى إصدار هذا التعبير على النحو الذى يريان ، وبالمدى الذى يقدران . فلهما أن يضمنا التعبير ما يريدان من دوافع وبواعث ، فتصبح هذه جزءا من التعبير عن الإرادة ، ويعتد بها بالقدر الذى يعتد بالتعبير . وعلى النقيض من ذلك إن شاء المتعاقدان أن يجردا التعبير من سببه ، فلهما أن يقتصرا على تضمين

---

(١) أنظر فى كل ذلك سالى فى التعبير عن الإرادة فقرة ٨٦ — فقرة ٨٨ وفقرة ٩٢ .

التعبير الالتزام فى ذاته دون ذكر لسببه أو للدافع إليه ، فيكون الالتزام على هذا النحو التزاما مجردا .

فلم يعد إذن للسبب ، فى القانون الألمانى ، وجود مستقل عن التعبير ، فما شاء المتعاقدان أن يضمناه التعبير من سبب يصبح جزءا منه ، وما شاءا أن يغفلاه يجب استبعاده من دائرة التعاقد ولا يعتد به . ومن ثم لا يوجد فى القانون الألمانى — كما وجد فى القوانين اللاتينية — نظرية للسبب .

وهنا أيضا نجد القانون الألمانى يطاوع نزعته الموضوعية ، ابتغاء استقرار التعامل . فالسبب لا يلتمس خارج التعبير عن الإرادة ، بل يجب أن يتضمنه هذا التعبير ، وبذلك يكون السبب شيئا موضوعيا لا أمرا نفسيا فيستقر التعامل .

مشروعية السبب فى القانون الألمانى :

وأيا كان السبب الذى ضمنه المتعاقدان التعبير — سببا بالمعنى الضيق المعروف فى النظرية التقليدية أو سببا بمعنى الباعث الجوهرى فى التعاقد أو سببا بمعنى الباعث ولو لم يكن جوهريا — فإنه يجب أن يكون سببا مشروعا ، لأن التعبير تضمنه فأصبح جزءا منه كما قدمنا ، ولا يجوز أن يكون التعبير غير مشروع . وقد نصت المادة ١٣٨/١ من التقنين المدنى الألمانى على هذا الحكم إذ تقول : « يكون باطلا كل تصرف قانونى يخل بالآداب » .

على أن المقصود بالتعبير الذى يتضمن السبب ليس هو التعبير بالمعنى الضيق ، أى التعبير ذاته محصورا فى العبارات التى ورد فيها ، بل التعبير بالمعنى الواسع ، مفسرا بالظروف الخارجية التى تلابسه وتحيط به ، من مكاتبات بين الطرفين ، وعلاقات سابقة ولاحقة بينهما ، وما ألفاه فى التعامل أحدهما مع الآخر ، ونحو ذلك مما تقدم بيانه .

ففى التصرفات الملزمة للجانبين ، لا يقتصر القاضى كما فى النظرية التقليدية على الاعتداد بالالتزامين المتقابلين فيكون أحدهما سببا للآخر ، بل إذا تضمن التعبير — بالمعنى الواسع الذى أسلفناه — إلى جانب ماتقدم الباعث على التعاقد ، اعتد به القاضى وقدر مشروعيته وفقا للآداب المتواضع عليها. ولكن القاضى لايستطيع أن يجاوز ماتضمنه التعبير إلى النيات الداخلية الذاتية لكل من المتعاقدين ، فإن هذا يهدد استقرار التعامل تهديدا بليغا فتتزعزع العلاقات بين الناس . فلا يصح إذن الاعتداد بالباعث إذا لم يتضمنه التعبير ، حتى لو كان هذا الباعث معروفا من المتعاقد الآخر . والواجب إذا أريد الاعتداد بالباعث أن يندرج فى التعبير ، فيصبح جزءا منه . فإن كان غير مشروع ، كان التعبير باطلا . وليس على القاضى ، وقد رأى التعبير يشتمل على أمر غير مشروع ، إلا أن يبطل هذا التعبير ، دون أن يكلف نفسه عناء البحث فيما إذا كان هذا الأمر غير المشروع هو السبب أو الباعث ، فأمامه تصرف غير مشروع لاتقره الآداب العامة ، وهو كحارس لهذه الآداب لايملك إلا أن يبطل هذا التصرف [١] .

عدم المشروعية فى القانون الألمانى هو الإخلال بالآداب العامة — ماهى الآداب العامة :

وقد اقتصر التقنين الألمانى (م ١٣٨ / ١) على جعل عدم المشروعية هو الإخلال بالآداب العامة (bonnes moeurs) ، ولم يذكر النظام العام (ordre public) . فالنظام العام يفهم عادة على أنه المبادىء العامة الأساسية التى يقوم عليها النظام الاجتماعى والسياسى والصناعى ، وهل تشيع فى هذا النظام روح الفردية أو روح الاشتراكية ، وإلى أى مدى تتدخل الدولة

---

(١) سالى فى التعبير عن الإرادة فقرة ٣٥ — فقرة ٣٦ وفقرة ٣٨ — فقرة ٣٩ .

فى نشاط الفرد ، فهى أذن مبادىء تنطوى على تقدير ذاتى يتعارض مع التقدير الموضوعى للآداب العامة . إذ الآداب العامة هى ما تواضع الناس فى وقت معين على أن يكون أساساً لتقدير التصرفات والأعمال من الناحية الأدبية ، فليس المعيار فيها ذاتيا ، بل هو معيار موضوعى ، لأن القاضى لا يطبق معياره الذاتى وفهمه الشخصى لما هى الآداب العامة ، بل يطبق معياراً موضوعياً هو ما تواضعت عليه الناس واصطلحت على أن يكون معياراً للتقدير . ثم إن الآداب العامة هى ما أراد الشعور العام أن يجعل له جزاء قانونيا ، فلا تدخل الآداب الاجتماعية (règles de convenance) فى هذا النطاق .

وكان المشروع الأول للتقنين الألمانى يذكر النظام العام إلى جانب الآداب العامة ، ولكن المشروع الثانى حذف النظام العام ولم يستبق إلا الآداب العامة . ذلك أن واضعى المشروع الثانى حسبوا أن النظام العام أنما هو سلاح خطر يوضع فى يد القاضى ، فمبادىء النظام العام لا تنطوى ، كما قدمنا ، على قدر من الانضباط والموضوعية بحيث تأمن الناس من تحكم القاضى . أما الآداب العامة فقد أسلفنا أن معيارها موضوعى لا سبيل فيه إلى التحكم ، فما تواضعت عليه الناس على أنه من الآداب العامة وجب اعتباره كذلك ، ولا شأن فى هذا الأمر لما يعتنقه القاضى من معتقدات سياسية أو اجتماعية ، فلا خوف إذن من تحكمه .

ولهذا السبب أيضاً رفض اقتراح يقضى باستبدال عبارة « الآداب العامة » (bonnes moeurs) بكلمة « الأخلاق » (morale) ، إذ الأخلاق تفسح المجال للمعايير الذاتية ، فما يراه قاض متفقاً مع الأخلاق قد يراه قاض آخر متعارضا معها ، أما الآداب العامة فلا سبيل إلى الاختلاف فيها ، إذ العبرة هنا بما تواضعت عليه الناس لا بما يراه القاضى ، وما تواضع عليه جمهور الناس لا فئة ممتازة منهم ، وما تواضع عليه جمهور الناس فعلا لا المثل العليا التى تتطلع إليها الناس .

على أنه ينبغى التمييز بين « الآداب العامة » و « العرف المتواضع عليه » (usages) ، فالقاضى يلتزم الآداب العامة دون أن يلتزم العرف المتواضع عليه . فقد تتواضع الناس على عرف قبيح ، وبالرغم من تواضع الناس على ذلك يستقر فى ضمير المجتمع أن هذا العرف قبيح وأنه يخل بالآداب العامة(١) .

وغنى عن البيان أن الآداب العامة بهذا التحديد ليست شيئا ثابتا لا يتغير على مدى الأجيال والدهور ، بل هى تتطور من جيل إلى جيل تبعا لتطور الشعور العام .

تطبيقات مختلفة للتصرفات المخلة بالآداب العامة فى القانون الالمانى :

وفى القضاء الألمانى تطبيقات كثيرة لتصرفات باطلة لاخلالها بالآداب العامة . من ذلك الاتفاقات التى تخل بمبدأ عدم جواز التصرف فى الحرية الشخصية كالاتفاقات التى تمنع من المنافسة المشروعة أو تقيد من حرية العمل . وكذلك الاتفاقات التى يعقدها المنتجون فيما بينهم لغرض الاحتكار ، والمناورات الخفية لرفع الاسعار ، وكثير من الشروط التعسفية التى تسقط حق المؤمن عليه فى عقود التأمين . ومن ذلك أيضا تصرف الشخص فى جسمه بعد موته لأغراض طبية وإن كان الشعور العام أخذ يتطور نحو إباحة هذا التصرف . والاتفاقات المقيدة من حرية الزواج ، وعقد الوساطة فى الزواج وقد صدر فى ألمانيا تشريع خاص بتحريمه .

ومن أهم التطبيقات للاتفاقات المخلة بالآداب العامة ما أوردته الفقرة الثانية من المادة ١٣٨ من التقنين المدنى الألمانى فى خصوص الاستغلال .

---

(٢) سالى فى التعبير عن الإرادة فقرة ٤٤ — فقرة ٤٥ وفقرة ٥٣ — فقرة ٥٤ .

وهى تنص على ما يأتى : « يكون باطلا بنوع خاص كل تصرف قانونى يستغل بموجبه أحد المتعاقدين حاجة المتعاقد الآخر أو طيشه أوعدم تجربته ليحمله على أن يتعهد له أوللغير . أو أن يكفل بأى طريق آخر ، فى مقابل ماحصل عليه ، منافع ذات قيمة مالية تزيد على قيمة هذا المقابل ، بحيث تختل النسبة بين القيمتين اختلالا فادحا نظرا لظروف الحال » (١)

ويلاحظ حتى يكون الاستغلال مخلا بالآداب العامة أن هناك عنصرين يجب توافرهما : (الأول) عنصر موضوعى ، وهو الاختلال الفادح بين القيمتين ، قيمة ما أخذه أحد المتعاقدين وقيمة ما أعطى . وهذا هو الغبن الفاحش . ولا بد من استظهار هذا الغبن الفاحش ، فأن لم يوجد ، ولم يكن الاختلال بين القيمتين فادحا . فلا استغلال ، حتى لو تبين أن العاقد الذى استغلت حاجته أو طيشه أو عدم تجربته كانت إرادته فى الواقع من الأمر مشوبة بغلط أو تدليس أو أكراه . وفى هذه الحالة يكون التصرف قابلا للأبطال لعيب فى الأرادة ، وليس باطلا للأخلال بالآداب العامة . وعلى العكس من ذلك ، إذا وجد هذا الاختلال الفادح ، فهناك استغلال ويكون التصرف باطلا لأخلاله بالآداب العامة ، ولو لم يؤد الضغط على العاقد الذى استغلت حاجته أوطيشه أو عدم تجربته إلى أن تكون أرادته مشوبة بعيب . أما إذا صحب الاستغلال عيب فى الأرادة ، كان التصرف من ناحية قابلا للأبطال بسبب العيب ، وكان من ناحية أخرى باطلا بسبب الاستغلال ، ويرجح بطبيعة الحال أن يكون التصرف باطلا لاقابلا للأبطال .

---

(١) وهذا هو النص مترجما إلى اللغة الفرنسية بواسطة لجنة رسمية من كبار رجال القانون الفرنسيين :

Est nul, en particulier, un acte juridique par lequel quelqu, un, en exploitant le besion, la légèrcte d'esprit ou l'inexperience d'un autre, tire pofit de la situation, en ce que celui-ci lui promette ou lui assure de toute autre façon, â lui ou à un tiers, pour une prestation par lui faite des avantages de valeur patrimoniale, qui excèdent la valeur de la prestation fournie, de tells façon qu'en tenant compte des circonistances, les avantages qui en forment l'equivalent soit per rapport â cette prestation dans une disproportion choquante.

(الثانى) عنصر ذاتى ، وهو استغلال أحد المتعاقدين فى المتعاقد الآخر حاجته أو طيشه أو عدم تجربته . وهذا العنصر الذاتى هو العنصر الهام فى الاستغلال ، وهو الذى يحدد مصير التصرف . فالقانون الألمانى وقف عنده ليستخلص أن الاستغلال مخل بالآداب العامة ، ومن ثم يكون التصرف باطلا . أما القوانين اللاتينية التى أوردت نصا مقابلا للنص الألمانى — ومعها التقنينات المدنية العربية المصرى والسورى والليبى والعراقى — فقد وقفت هى أيضا عند هذا العنصر الذاتى لتستخلص منه أن الاستغلال أحدث فى الأرادة عيبا قريبا إلى أن يكون غلطا أو تدليسا أو أكراها ، ومن ثم يكون التصرف قابلا للأبطال . فالقانون الألمانى اعتد بإرادة العاقد الذى صدر الاستغلال من جهته واعتبرها أرادة مخلة بالآداب العامة ، ومن ثم جعل التصرف باطلا . أما القوانين اللاتينية فقد اعتدت بأرادة العاقد الذى وقع عليه الاستغلال واعتبرتها إرادة معيبة ، ومن ثم جعلت التصرف قابلا للأبطال .

التصرف المجرد فى القانون الألمانى [١] :

الارادة ، مجردة من الشكل ومن السبب معا ، لا يمكن أن يسلم بها كقاعدة فى قوانين تأخذ بالارادة الباطنة كالقوانين اللاتينية ، فأن الاخذ بالارادة الباطنة معناه أن تحرر الارادة من عيوبها وأن تقترن بسببها . ولكن الاخذ بالإرادة الظاهرة يجعل من اليسير أن يباعد ما بينها وبين الارادة الباطنة ، فتتجرد الارادة الظاهرة من عيوب الارادة الباطنة كما تتجرد من السبب الذى حرك هذه الارادة ، ولا يبقى فى مجال التعامل إلا هذه الارادة الظاهرة المجردة ، وهذا ما يسمى بالتصرف المجرد (acte abstrait). وهناك فائدة كبيرة من تجريد الارادة الظاهرة على هذا النحو ، إذ بهذا

---

(١) أنظر الوسيط للمؤلف الجزء الأول فقرة ٢٨٥ — فقرة ٢٨٧ .

التجريد يصبح التصرف غير معرض للبطلان لا من طريق عيوب الإرادة ولا من طريق عيوب السبب . وكل ما يستطيع المدين أن يفعل هو أن يرجع بدعوى الاثراء على دائنه ، فيدفع دعواه إذا لم يكن قد دفع الدين ، أو يسترد ما دفع اذا كان قد وفى . فإذا كان الدائن قد حول حقه إلى الغير ، فإن هذا الغير لا يحتج عليه بشيء من ذلك ، بل يستخلص الحق من المدين ، وللمدين بعد ذلك أن يرجع على الدائن بما دفعه إلى الغير . ومن ثم يكون التصرف المجرد أداة قوية من أدوات الائتمان ، تشتد حاجة التعامل إليها كلما اشتدت الحاجة إلى الاستقرار . وإذا كان التعامل يتنازعه عاملان ؛ عامل احترام الإرادة وعامل الاستقرار ، فأن التصرف المسبب يستجيب للعامل الأول ، ويستجيب التصرف المجرد للعامل الثانى . ومنذ انتكصت الشكلية فى العقود وساد مذهب الرضائية ، انتصر عامل الأرادة على عامل الاستقرار ، ولم يستطع عامل الاستقرار أن يسترد ما فقد إلا بظهور التصرف المجرد . ففيه ينتصر على الأرادة كما رأينا. ومن هنا كان تطور العقد من تصرف شكلى إلى تصرف رضائى ، ثم من تصرف رضائى إلى تصرف مجرد ، تطورا تعاقب فيه عاملا الاستقرار والأرادة على مراحل متتابعة ، كان الظفر فى كل مرحلة منها لأحد العاملين على الآخر . ومن هنا أيضا كان التصرف المجرد رجوعا إلى التصرف الشكلى المهذب ، كلاهما يستجيب لعامل الاستقرار ، ولكن التصرف الشكلى يستجيب اليه فى جمعية بدائية ، ويستجيب إليه التصرف المجرد فى جمعية متحضرة .

على أن التصرف المجرد – على شدة الحاجة إليه فى استقرار التعامل وبخاصة إذا تقدمت التجارة وتشعبت سبلها وظهرت الحاجة إلى أدوات ائتمان ثابتة – لم يظفر من القوانين اللاتينية ، وهى التى تأخذ بالأرادة الباطنة ، ألا بمكان ضيق محدود . وعلى النقيض من ذلك ، ظفر التصرف المجرد فى القوانين الجرمانية ، وهى التى تأخذ بالأرادة الظاهرة ، بمكان رحب سما فيه إلى مرتبة القاعدة . ولا غرابة فى ذلك ، فقد بينا أن التصرف المجرد يتمشى

مع الإرادة الظاهرة التى تأخذ بها القوانين الجرمانية ، ويتعارض مع الإرادة الباطنة التى تأخذ بها القوانين اللاتينية .

وفى القانون الألمانى نوعان من التصرفات :

١ — التصرفات المسببة ، وهى أغلب التصرفات المدنية ، وفيها السبب ركن يجب أن يكون صحيحاً مشروعاً . ولا يراد بالسبب هنا الباعث الذى يتضمنه التعبير عن الإرادة على النحو الذى بسطناه فيما تقدم . وإنما للسبب معنى خاص ، يقرب من المعنى المعروف فى النظرية التقليدية . ولتحديد هذا المعنى يبدأ الألمان بتعريف ما يسمونه « الإضافة إلى الذمة » ، وهى عبارة عن منفعة مالية أو إثراء يتحقق لصالح شخص بموجب عمل إرادى مشروع — تصرف قانونى أو عمل مادى — يصدر من المفتقر . وسبب الإضافة إلى الذمة هو عبارة عن الغرض المباشر الذى يرمى إلى تحقيقه المضيف للذمة . ويحدد هذا السبب ، وفقاً للفقه الألمانى ، على أساس تقسيم ثلاثى للسبب موروث من دعاوى الإثراء فى القانون الرومانى ، يكون السبب بمقتضاه إما الوفاء أو الإدانة أو التبرع . ومعنى كل من الوفاء والتبرع معروف ، أما الإدانة فهى التصرف بمقابل ، وهذا المقابل إما أن يكون موضوعه إسترداد ما أعطاه المضيف أو استرداد قيمته كما فى القرض ، وإما أن يكون موضوعه شيئاً آخر يحدد بالاتفاق كما فى العقد الملزم للجانبين فالبائع يحصل على دين بالثمن فى مقابل التزامه بنقل ملكية المبيع . فإذا كان التصرف مسبباً ، وجب أن يكون له سبب مشروع هو الوفاء أو الإدانة أو التبرع على النحو الذى أسلفناه ، وهذا يقرب كثيراً من النظرية التقليدية فى القوانين اللاتنية . أما الباعث فلا يعتد به ، كما قدمنا ، إلا إذا تضمنه التعبير عن الإرادة .

٢ — التصرفات المجردة ، وهى طائفتان : عقود انتقال الملكية والعقود المجردة المنشئة للإلتزام . فالطائفة الأولى تنتقل بها الملكية دون اعتبار السبب . ذلك أن الملكية فى القانون الألمانى لا تنتقل بمجرد نشوء الالتزام

بنقلها ، بل لابد من تنفيذ هذا الإلتزام بطريق عقد آخر هو عقد إنتقال الملكية ، فيذهب المتعاقدان إلى المكتب العقارى ، ويعلنان إتفاقهما ، ويسجلان هذا الإتفاق فى السجل العقارى ، فتنتقل الملكية ، سواء كان العقد المنشىء للإلتزام بنقلها صحيحاً أو معيباً . وإذا اتضح بعد ذلك أن العقد كان معيباً ، وأن الملكية إنتقلت دون سبب ، فليس لمن خرج عنها إلا الرجوع بدعوى شخصية على من تلقاها هى دعوى الإثراء بلاسبب ، وبذلك يتوافر لعقد إنتقال الملكية مزية الإستقرار والثبات . فما على الغير حتى يتثبت أنه يتعامل مع مالك العقار إلا أن يرجع إلى السجل العقارى ، فمن كان اسمه مسجلا فيه كان هو المالك ، ولوكان فى ذلك تضحية للمالك الحقيق .

والطائفة الأخرى من التصرفات المجردة عقود منشئة للإلتزام وتشمل :

أولا : حالات معينة بذواتها ، منصوصاً عليها . وهى — عدا الأوراق التجارية والسندات — حوالة الحق وحوالة الدين والتنازل عن الحق الشخصى والأنابة فى الوفاء . وفى هذه الحالات يكون العقد مجرداً على النحو الذى رأيناه فى عقود انتقال الملكية . فيتم نقل الحق أو الدين ، ويتحقق التنازل عن الحق الشخصى ، دون اعتبار للسبب فى هذه الحوالة أو فى هذا التنازل ، فإذا تبين أن السبب غير موجود أو غير مشروع فليس ثمة إلا الرجوع بدعوى الإثراء . كذلك التزام المناب المناب لديه بالوفاء التزام مجرد عن السبب ، فلا يستطيع المناب أن يحتج على المناب لديه بما كان له أن يحتج به من دفوع ضد المنيب[١] .

ثانياً : التعهد المجرد بالوفاء والاعتراف المجرد بالدين ، وهما الصورتان العامتان للتصرف المجرد . فيضع التقنين المدنى الألمانى هنا قاعدة عامة

---

(١) أنظر : التقنين الالمانى المادتين ٣٩٨ و ٤١٣ لحوالة الحق ، والمواد ٤١٤ وما بعدها لحوالة الدين والمادة ٣٩٧ للتنازل عن الحق الشخصى ، والمادة ٧٨٤ للانابة فى الوفاء .

للتصرف المجرد ، ويجيز أن يتفق الدائن مع مدينه على أن يكون التزام المدين أو اعترافه بالدين مجرداً فيوجد الالتزام فى ذمته منفصلا عن السبب — سواء كان هذا السبب هو الوفاء أو الإدانة أو التبرع — ويقوم الالتزام حتى لو كان السبب غير موجود . وليس للمدين إلا دعوى الإثراء بلا سبب إزاء الدائن إذا تبين أن التزامه لم يكن مبنياً على سبب صحيح ، فيتخلص بذلك من الالتزام إذا لم يكن قد وفاه ، أو يسترد مادفعه إذا كان قد وفى الالتزام . وقد اشترطت المادة ٧٨٠ من التقنين المدنى الألمانى فى الالتزام المجرد أن يكون فى ورقة مكتوبة ، إلا إذا كان هذا الالتزام تصفية لحساب أو مستنداً إلى صلح، فلا تشترط الكتابة .

أما القوانين اللاتينية — وهى مشبعة بنظرية السبب — فلا تسلم بالتصرف المجرد ، أو هى على الأقل لا تضع له قاعدة عامة كما فعلت التقنينات الجرمانية . فالالتزام فى القوانين اللاتينية هو التزام مسبب . على أن هذه القوانين تقر الالتزام المجرد فى حالات معينة منصوص عليها ، وهى حالات قليلة العدد . وقد نص التقنين التجارى — حيث تشتد الحاجة للالتزام المجرد لاستقرار التعامل وسرعته — على عدد منها ، هى الكمبيالات والسندات تحت الإذن والسندات لحاملها . أما التقنين المدنى فقد نص على حالتين : التزام المناب فى الوفاء نحو المناب لديه والتزام الكفيل نحو الدائن . فنصت المادة ٣٦١ من التقنين المدنى المصرى على أن « يكون التزام المناب قبل المناب لديه صحيحاً ولو كان التزامه قبل المنيب باطلا أو كان هذا الالتزام خاضعاً لدفع من الدفوع ، ولا يبقى للمناب إلا حق الرجوع على المنيب ، كل هذا ما لم يوجد اتفاق يقضى بغيره » . أما فى الكفالة ، فللكفيل أن يتمسك بجميع الأوجه التى يحتج بها المدين (م ٧٨٢ مصرى) ، ولكن التزام الكفيل نحو الدائن هو مع ذلك التزام مجرد لا يتأثر بالعلاقة ما بين الكفيل والمدين ، ولا يجوز للكفيل أن يتمسك ضد الدائن بالدفوع التى له أن يتمسك بها

ضد المدين . فإذا كفل الكفيل المدين فى نظير أن يوفى المدين ديناً آخر عليه مضموناً برهن يثقل عقار الكفيل، ولم يوف المدين بهذا الدين الآخر، فإن التزام الكفيل نحو الدائن يبقى قائماً ، ولا يجوز للكفيل أن يدفع دعوى الدائن بأن المدين لم يوف بما تعهد به من تخليص عقار الكفيل من الرهن .

ويتبين مما قدمناه أن التقنين المدنى المصرى — والتقنينات المدنية العربية الأخرى — قد انحازت إلى القوانين اللاتينية ، فاشترطت فى التصرفات أن تكون مسببة ، ولم تسلم بالتصرف المجرد إلا فى حالات معينة بذواتها .

الفرع الثانى

نظرية السبب

فى الفقه الإسلامى

تمهيد

عاملان متعارضان يتنازعان الفقه الإسلامى تجاه نظرية السبب :

الفقه الإسلامى — تجاه نظرية السبب — يتنازعه عاملان متعارضان :

(١) فهو أولا فقه ذو نزعة موضوعية بارزة ، يعتد بالتعبير عن الارادة دون الارادة ذاتها ، أى يأخذ بمذهب الارادة الظاهرة لا بمذهب الارادة الباطنة ، فهو أقرب بكثير من هذه الناحية إلى الفقه الجرمانى منه إلى الفقه اللاتينى . ونحن نعرف أن الفقه ذا النزعة الموضوعية كالفقه الجرمانى يكون أكثر استعصاء على نظرية السبب من الفقه ذى النزعة الذاتية كالفقه اللاتينى . ومن ثم تستعصى النزعة الموضوعية للفقه الإسلامى على نظرية السبب، وكان ينبغى ألا تترك لهذه النظرية مجالا فسيحا ، أو فى القليل كان ينبغى أن تضمر نظرية السبب فى الفقه الإسلامى كما ضمرت فى الفقه الجرمانى ، ولا تزدهر فيه كما ازدهرت فى الفقه اللاتينى .

(٢) ولكن الفقه الإسلامى ، من جهة أخرى ، فقه تتغلب فيه العوامل الأدبية والخلقية والدينية ، وهذا يقتضى أن يعتد فيه بالباعث الذى تقاس به شرف النوايا وطهارتها . فكان ينبغى — على النقيض من الاعتبار الأول — أن يكون لنظرية السبب ، وهى نظرية خلقية فى المقام الأول، مكان ملحوظ يضاهى مكانها فى الفقه اللاتينى .

اختلاف مذاهب الفقه الاسلامى فى نظرية السبب :

وبين هذين العاملين المتعارضين يتراوح الفقه الاسلامى . فى بعض مذاهبه نرى نظرية السبب تختفى تحت ستار من صيغة العقد والتعبير عن الارادة ، ويختلط السبب بالمحل ، فلا يعتد بالسبب اى بالباعث على التعاقد الا حيث يتضمنه التعبير عن الارادة ، فان لم يتضمنه التعبير لم يعتد به ، وقد رأينا ذلك من قبل فى الفقه الألمانى .(١) وفى مذاهب أخرى تتغلب العوامل

---

(١) على انه يمكن القول بوجه عام ان النيـة فى الفقه الاسلامى تقوم بدور هام فى تكييف العقد ، فقد يذكر المتعاقدان عقدا وتكون نيتهما قد انصرفت الى عقد آخر ، فالعبرة بما انصرفت اليه النية . فالكفالة بشرط براءة الاصيل حوالة ، والحوالة بشرط عدم براءة المحيل كفالة ، ولو شرط رب المال للمضارب كل الربح كان المال قرضا ، ولو شرط لرب المال كان بضاعة .. والمقبوض على سوم الشراء مضمون لا المقبوض على سوم النظر « الاشباه والنظائر لابن نجيم ص ١١٠ – ص ١١١ – فتح القدير ٥ ص٤٠٣ ». وزواج المحلل باطل وتصرف المريض مرض الموت يعطى حكم الموصية ، وبيع العينة ربا (المغنى ٤ ص ١٧٤ – ص ١٧٥) . وانظر الموافقات للشاطبى ٢ ص ٢٠٦ – ص ٢٢٧ .

وجاء فى الاشباه والنظائر للسيوطى (ص ١١١ – ص ١١٣) : « هل العبرة بصيغ العقود أو بمعانيها ، خلاف ، والترجيح مختلف . فمنها اذا قال اشتريت منك ثوبا صفته كذا بهذه الدراهم فقال بعتك ، فرجح الشيخان انه ينعقد بيعا اعتبارا باللفظ الثانى ، ورجحه السبكى سلما اعتبارا بالمعنى ... ومنها اذا قال لمن عليه الدين وهبته منك ، ففى اشتراط القبول وجهان : فليس بيعا ، وفى انعقاده هبة قولان تعارض اللفظ والمعنى . ومنها اذا قال بعتك ولم يذكر ثمنا ، فان راعينا المعنى انعقد هبة أو اللفظ فهو بيع فاسد ... ومنها اذا قال لمن عليه الدين وهبته منك ، ففى اشتراط القبول وجهان أحدهما يشترط اعتبارا بلفظ الهبة ، والثانى لا اعتبارا بمعنى الابراء وصححه الرافعى فى كتاب الصداق ... ومنها لو باع المبيع للبائع قبل قبضه بمثل الثمن الاول ، فهو اقالة بلفظ البيع ذكرها صاحب التتمة وخرجه السبكى على القاعدة ، ثم رأيت التخريج للقاضى حسـين قال ان اعتبرنا اللفظ لم يصح وان اعتبرنا المعنى فاقالة .. ومنها لو عقد الاجارة بلفظ البيـع فقال بعتك منفعة هذا الدار شهرا ، فالأصح لا ينعقد نظرا الى اللفظ ، وقيل ينعقد نظرا الى المعنى ... ومنها اذا وقف على قبيلة غير منحصرة كبنى تميم أو أصلهم ، فالاصح الصحة اعتبارا بالمعنى ويكون المقصود الجهة لا الاستيعاب كالفقراء والمساكين ، والثانى لا يصح اعتبارا باللفظ فانه تمليك لمجهول » .

وجاء فى اعلام الموقعين لابن القيم (جزء ٣ ص ١٠٦ – ص ١٠٧) : « المتكلم بصيغ العقود .. ان قصد بها مالايجوز قصده ، كالمتكلم بنكحت

=

الأدبية والخلقية والدينية ، فيعتد بالباعث ولو لم يتضمنه التعبير عن الارادة أى ولو لم يذكر فى العقد ، ويكون العقد صحيحا أو باطلا تبعا لما إذا كان هذا الباعث مشروعا أو غير مشروع ، وقد رأينا ذلك من قبل فى الفقه اللاتينى.(١)

=

وتزوجت بقصد التحليل وبعت واشتريت بقصد الربا . . . وما أشبه ذلك فهذا لايحصل له مقصوده الذى قصده وجعل ظاهر اللفظ والفعل وسيلة اليه ، فان فى تحصيل مقصوده تنفيذا للمحرم واسقاطا للواجب واعانة على معصية الله ومناقضة لدينه وشرعه ، فاعانته على ذلك اعانة على الاثم والعدوان ولا فرق بين اعانته على ذلك بالطريق التى وضعت مفضية اليه وبين اعانته على ذلك بالطريق التى وضعت مفضية الى غيره ، فالمقصود اذا كان واحدا لم يكن اختلاف الطرق الموصلة اليه بموجب لاختلاف حكمه فيحرم من طريق ويحل بعينه من طريق اخرى .

(١) على أن هناك نصوصا فى الفقة الاسلامى نلمح فيها الفكرة التى تقوم عليها النظرية التقليدية فى السبب فى الفقه اللاتينى . من ذلك ما جاء فى البدائع (جزء ٥ ص ٢٨٥) : « كل المبيع يعتبر مقابلا بكل الثمن ، وكل الثمن مقابل بكل المبيع . فالزيادة (فى المبيع أو فى الثمن) لو صحت مبيعا وثمنا لخلت عما يقابله ، فكانت فضل مال خال عن العوض فى عقد المعاوضة ، وهذا تفسير الربا » . كذلك يبطل العقد اذا كان السبب مغلوطا ، فلو ظن شخص وجوب النفقة عليه لمن يستحقها فالتزمها ، كالتزامها للزوجة الناشز مثلا أو التزام الجد نفقة أولاد ابنه مع وجود ابيهم الموسر ، فالالتزام باطل ولا يلزم الملتزم بشىء . وتعليله أن الالتزام بنى على سبب مغلوط ، فكان لذلك باطلا . ومن أمثلة السبب المغلوط أيضا ما لو ادعى أحد دارا فى يد رجل آخر ، فصالحه هذا على بدل من المال وسلمه اليه ، ثم برهن المدعى عليه أنه كان اشترى الدار من المدعى قبل الصلح ، فهنا يبطل الصلح ، ويجب على المدعى رد البدل (البزازية ٣ ص ٣٢ بهامش الهندية) . وتعليل ذلك أن الصلح بنى على سبب مغلوط ، فيبطل بظهور حقيقة الامر (الدكتور صبحى المحمصانى فى النظرية العامة للموجبات والعقود فى الشريعة الاسلامية ص ٩٨ — ص ٩٩) . وجاء أيضا فى نفس المرجع : « على أن الفقهاء يستخلصون أحيانا السبب فى العقد على أنه شىء موضوعى داخل العقد لا يتغير ، أقرب ما يكون الى السبب فى النظرية التقليدية . فعقد الزواج سببه التناسل والمكارمة والمودة (الفروق ٣ نشرة ١٧١) . والهبة سببها ارادة الخير للواهب . والوقف سببه ارادة محبوب النفس (الدر المختار ٢ ص ٤٧١ و ص ١٤٩) — والمقصود من البيع ونحوه انما هو انتفاع كل واحد من المتعاوضين بما يصير اليه ، فاذا كان عديم المنفعة أو محرما لم يحصل مقصوده فيبطل عقد المعاوضة عليه (الفروق ٣ ص ٢٣٨) (الدكتور صبحى المحمصانى فى النظرية العامة للموجبات والعقود فى الشريعة الاسلامية ص ٩٢) .

ضمور نظرية السبب فى المذهبين الحنفى والشافعى وظهورها فى المذهبين المالكى والحنبلى :

فنظرية السبب فى الفقه الإسلامى يختلف اذن حظها فى المذاهب المختلفة. فهى ضامرة محدودة، كما هو شأنها فى الفقه الجرمانى ، فى المذهبين الحنفى والشافعى، وذلك مطاوعة للنزعة الموضوعية البارزة فى الفقه الاسلامى . وهى زاهرة يانعة ، كما هو شأنها فى الفقه اللاتينى ، فى المذهبين المالكى والحنبلى ، وذلك تمشيا مع العوامل الأدبية والخلقية والدينية التى لها الغلبة فى الفقه الاسلامى .

فنستعرض إذن فى مبحثين متعاقبين : (١) نظرية السبب فى الفقه الحنفى وفقه الشافعى . (٢) هذه النظرية فى الفقه المالكى والفقه الحنبلى .

المبحث الأول

نظرية السبب فى الفقه الحنفى وفقه الشافعى

مبدآن جوهريان :

لم يضع الفقه الإسلامى ، فى أى مذهب من مذاهبه ، نظرية عامة فى السبب . وهو فى ذلك إنما يتمشى مع صناعته المألوفة ، لا يصوغ نظريات عامة ، بل يورد من التطبيقات التفصيلية ما يمكن معه ، عن طريق التحليل ثم عن طريق التأصيل ، استخلاص هذه النظرية .

وباستقراء هذه التطبيقات التفصيلية يمكن أن نستخلص مبدأين جوهرين:

(أولا) السبب ، وإن كان أمراً ذاتيا ، إلا أنه يجب أن يكون داخلا فى صيغة العقد يتضمنه التعبير عن الارادة ، على النحو الذى رأيناه فى الفقه الألمانى .

(ثانيا) مشروعية السبب ليست بالأمر الثابت فى جميع الأحوال . فهناك حالات تختلف فيها الأنظار فى هذه المشروعية، بل هناك حالات تطورت فيها فكرة المشروعية ، فما كان غير مشروع من قبل أصبح الآن مشروعا ، وما كان مشروعا أصبح غير مشروع .

ونبحث كلا من هذين المبدأين .

المطلب الأول

السبب يجب أن يكون داخلا فى صيغة العقد يتضمنه التعبير عن الارادة

المبدأ العام بشقيه :

السبب بمعنى الباعث لا يبحث عنه خارج العقد ، بل يجب أن يكون موجودا فى صيغة العقد ذاتها ، داخلا فى دائرة التعاقد . فلا بد أن يتضمنه التعبير عن الارادة ، إذ هو جزء من هذا التعبير لا ينفصل عنه ، وبذلك لا يعتد بالباعث إذا لم يتضمنه صيغة العقد أو التعبير عن الارادة .

ويجب إذن الوقوف عند الإرادة الظاهرة وما تضمنته من بواعث ودوافع . ولا يجوز أن نجاوز هذه الإرادة الظاهرة للبحث فى النوايا الخفية . فإذا كانت الإرادة الظاهرة لا تتضمن باعثاً غير مشروع ، فالعقد صحيح ، ويجاز بحكم الظاهر دون بحث عن النية . وفى كتاب الأم للشافعى عبارة قوية فى هذا المعنى إذ يقول (الأم جزء ٣ ص ٦٥) :

« أصل ما أذهب إليه أن كل عقد كان صحيحا فى الظاهر لم أبطله بتهمة ولا بعادة بين المتبايعين وأجزته بصحة الظاهر ، وأكره لهما النية إذا كانت النية لو أظهرت كانت تفسد البيع . وكما أكره للرجل أن يشترى السيف على أن يقتل به ، ولا يحرم على بائعه أن يبيعه ممن يراه أنه يقتل به

ظلما ، لأنه قد لا يقتل به ، ولا أفسد عليه هذا البيع . وكما أكره للرجل أن يبيع العنب ممن يراه أنه يعصره خمراً ، ولا أفسد عليه البيع إذا باعه إياه ، لأنه باعه حلالا ، وقد يمكن ألا يجعله خمرا أبدا ، وفى صاحب السيف ألا يقتل به أحداً أبدا . ولو نكح رجل امرأة عقدا صحيحا وهو ينوى ألا يمسكها إلا يوما أو أقل أو أكثر ، لم أفسد النكاح ، وإنما أفسده أبدا بالعقد الفاسد ».

فالمبدأ العام يتكون إذن من شقين :

(أولا) يعتد بالسبب أى الباعث إذا تضمنته صيغة العقد أو التعبير عن الإرادة .

(ثانيا) لا يعتد بالسبب أى الباعث إذا لم تتضمنه صيغة العقد .

فنستعرض التطبيقات التفصيلية لهذا المبدأ العام فى كل من شقيه ، فى المذهبين الحنفى والشافعى ، وبخاصة فى المذهب الحنفى حيث تكثر النصوص .

§ ١ — يعتد بالسبب اذا تضمنته صيغة العقد

كيف تتضمن صيغة العقد السبب أى الباعث

أظهر ما تتضمن صيغة العقد السبب هو أن يذكر السبب صراحة فى صيغة العقد ، فيكشف المتعاقدان ببيان واضح عن الباعث الدافع لهما على التعاقد ، فإن كان هذا الباعث مشروعا فالعقد صحيح ، وإن كان غير مشروع فالعقد باطل .

ولكن ليس من الضرورى أن يكون ذكر السبب صريحا فى صيغة العقد ، بل يجوز أن يذكر السبب ضمنا . ويستخلص عادة من طبيعة المحل ، فإذا كانت طبيعة المحل يستدل منها أن السبب الذى دفع إلى التعاقد غير مشروع ، فالعقد باطل ، وهنا يستدل على السبب بالمحل .

وقد يتميز السبب عن المحل ، فيكون المحل مشروعا ولكن السبب غير مشروع .

فنستعرض بعض النصوص فى كل من هذه الأحوال الثلاث :

الحالة الأولى — السبب مذكور صراحة فى صيغة العقد :

جاء فى البدائع (جزء ٤ ص ١٩٠) .

« ولا تجوز إجارة الإماء للزنا ، لأنها إجارة على المعصية . وقيل فيه نزل قوله تعالى : ولا تكرهوا فتياتكم على البغاء إن أردن تحصناً لتبتغوا عرض الحياة الدنيا . وروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن مهر البغي وهو أجر الزانية على الزنا » . وواضح من هذا النص أن صيغة العقد قد تضمنت صراحة الباعث الدافع على الإجارة وهو سبب غير مشروع ، ومن ثم كان عقد الإجارة باطلا .

وجاء فى البدائع أيضاً (جزء ٥ ص ١٦٩)

« ولو اشترى قمرية على أنها تصوت ، أو طيراً على أنه يجيء من مكان بعيد ، أو كبشاً على أنه نطاح ، أو ديكا على أنه مقاتل ، فالبيع فاسد عند أبى حنيفة رحمه الله ، وهو احدى الروايتين عن محمد رحمه الله . . . لأن هذه صفات يتلهى بها عادة ، والتلهى محظور ، فكان هذا شرطا محظوراً ، فيوجب فساد البيع . . ولو اشترى جارية على أنها مغنية على سبيل الرغبة فيها ، فالبيع فاسد ، لأن التغنية صفة محظورة لكونها لهواً ، فشرطها فى البيع يوجب فساده . ولو اشترى جارية على أنها مغنية على وجه إظهار العيب ، جاز البيع ، لأن هذا بيع بشرط البراءة عن هذا العيب ، فصار كما لو باعها بشرط البراءة عن عيب آخر ، فإن وجدها لا تغنى لاخيار له ، لأن الغناء فى الجوارى عيب فصار كما لو اشترى على أنه معيب فوجده سليما » . وهنا نرى فى وضوح كيف أن الشيء الواحد قد يكون باعثا غير مشروع ، وقد يكون شرطا مشروعا ، تبعا لنية المتعاقدين . ففى المثل المتقدم يشترى الجارية على أنها مغنية ، وقد ورد ذكر الباعث صراحة فى صيغة العقد على هذا النحو . فان كان الغرض من ذكره أن المشترى يكشف عن غرضه من أنه يريد الجارية مغنية للتلهى بها ، فان هذا الباعث غير مشروع ، ويكون العقد فاسدا . أما إذا كان

الغرض هو النقيض من ذلك ، فان الجارية مغنية وهذا فى نظر المتعاقدين عيب فيها ، فأراد البائع أن يبرأ من هذا العيب فاشترط البراءة على المشترى فقبل ، فان الباعث على التعاقد هنا لا يكون غير مشروع ، ويكون العقد صحيحا. والفرق بين هاتين الصورتين يظهر فيما إذا انكشف بعد البيع أن الجارية غير مغنية. فى الصورة الأولى يكون قد فات على المشترى غرضه، والعقد على كل حال فاسد من الأصل . أما فى الصورة الثانية فانكشاف أن الجارية غير مغنية معناه أنها سليمة من العيب الذى شرط البائع البراءة منه ، والعقد صحيح منذ البداية كما قدمنا ، ويبقى صحيحا لأن المشترى قد اشترى شيئا على أنه معيب فظهر سليما ، وهذا من شأنه أن يؤكد صحة العقد .

وجاء فى الزيلعى (جزء ٥ ص ١٢٥) : « ولا يجوز (الاستئجار) على الغناء والنوح والملاهى ، لأن المعصية لا يتصور استحقاقها بالعقد ، فلا يجب عليه الأجر من غير أن يستحق هو على الأجر شيئا ، إذ المبادلة لا تكون إلا باستحقاق كل واحد منهما على الآخر ، ولو استحق عليه المعصية لكان ذلك مضافا إلى الشارع من حيث أنه شرع عقدا موجبا للمعصية تعالى الله عن ذلك علوا كبيرا . ولأن الأجير والمستأجر مشتركان فى منفعة ذلك فى الدنيا فتكون الأجارة على محل هو فيه شريك ، ذكره فى النهاية معزيا إلى الذخيرة. وإن أعطاه الأجر وقبضه ، لا يحل له ويجب عليه رده إلى صاحبه. وفى المحيط فى كتاب الاستحسان إذا أخذ المال من غير شرط يباح ، لأنه أعطاه المال عن طوع من غير عقد » .

وجاء فى الفتاوى الخانيه (جزء ص ٣٢٢ وما بعدها) : « رجل استأجر خلا لينزيه ، لا يجوز ذلك ولا جر فيه ، وكذا النائحة والمغنية . . . وإن استأجر المسلم ذميا لبيع له خمراً أو ميتا أو دما لا يجوز . . . ولو استأجر رجلا لينحت له أصناما أو ليزخرف له بيتا بالتماثيل فلا أجر له ، كما لو أستأجر نائحة أو مغنية » .

الحالة الثانية — السبب مستخلص من طبيعة المحل :

وقد يكون السبب ، كما قدمنا ، مذكوراً ضمنا فى صيغة العقد ، بأن يكون مستخلصا من طبيعة المحل ، فيعتد به لأن المتعاقدين قد كشفا ضمنا عن الباعث لهما على التعاقد . ونورد فى هذا المعنى النصوص الآتية :

جاء فى البدائع (جزء ٥ ص ١٤٣) : « وأما القرد فعن أبى حنيفة رضى الله عنه روايتان . وجه رواية عدم الجواز أنه غير منتفع به شرعا ، فلا يكون مالا كالخنزير . وجه رواية الجواز أنه إن لم يكن منتفعا به بذاته ، يمكن الانتفاع بجلده . والصحيح هو الأول ، لأنه لا يشترى للانتفاع بجلده عادة ، بل للهو به ، وهو حرام ، فكان هذا بيع الحرام للحرام ، وإنه لا يجوز » . فهنا قد استخلص الباعث على التعاقد من طبيعة المحل ، فالقرد لا يشترى للانتفاع بجلده عادة ، بل للهو به ، فكان هذا بيع الحرام للحرام .

وجاء فى البدائع أيضاً (جزء ٥ ص ١٤٤) : « ويجوز بيع آلات الملاهى من البربط والطبل والمزمار والدف ونحو ذلك عند أبى حنيفة ، لكنه يكره . وعند أبى يوسف ومحمد لا ينعقد بيع هذه الاشياء ، لانها آلات معدة للتلهى بها موضوعة للفسق والفساد ، فلا تكون أموالا ، فلا يجوز بيعها . ولأبى حنيفة رحمه الله أنه يمكن الانتفاع بها من جهة أخرى بأن تجعل ظروفا لاشياء ونحو ذلك من المصالح ، فلا تخرج عن كونها أموالا ، وقولهما أنها آلات التلهى والفسق ، قلنا نعم لكن هذا لا يوجب سقوط ماليتها كالمغنيات والقيان وبدن الفاسق وحياته وماله ، وهذا لانها كما تصلح للتلهى تصلح لغيره ، (فبقيت) على ماليتها بجهة إطلاق الانتفاع بها لا بجهة الحرمة . ولو كسرها إنسان ضمن عند أبى حنيفة رحمه الله ، وعندهما لا يضمن . وعلى هذا الخلاف بيع النرد والشطرنج . والصحيح قول أبى حنيفة رضى الله عنه ، لان كل واحد منهما منتفع به شرعاً من وجه آخر بأن يجعل صنجات الميزان ، فكان مالا من هذا الوجه ، فكان محلا للبيع مضمونا بالاتلاف . . . » . فهنا اختلف

الإمام مع صاحبيه ، ولكنهم لم يختلفوا ، فيما نرى ، فى المبدأ الاساسى الذى نحن بصدده من أن الباعث إذا تضمنته صيغة العقد اعتد به، بل هم متفقون فى ذلك . ولكن الصاحبين قد ذهبا إلى أن آلات الملاهى من البربط والطبل والمزمار والدف والنرد والشطرنج هى آلات معدة بطبيعتها للتلهى موضوعة للفسق والفساد ، فاستخلصا بذلك من طبيعة المحل الباعث على التعاقد . بل هما ذهبا إلى أبعد من ذلك ، فخلطا السبب بالمحل ، وأنكرا على هذه الآلات أن تكون أموالا ، فلا يجوز بيعها . وحرص أبو حنيفه على التمييز ما بين السبب والمحل، فآلات الملاهى عنده أموال لم تسقط ماليتها لمجرد أنها تصلح للتلهى ، فكما تصلح للتلهى تصلح لغيره ، فقد تجعل ظروفا لاشياء كما قد يجعل النرد والشطرنج صنجات للميزان ، فلما بيعت هذه الاشياء ولم يذكر صراحة فى صيغة العقد الباعث على بيعها ، ولم يمكن استخلاص هذا الباعث من طبيعة المال لما قدمنا من أنه يصلح للأغراض غير المشروعة وللأغراض المشروعة، فقد اعتبر أبو حنيفة الباعث غير متضمن فى صيغة العقد لا صراحة ولا ضمنا، فلم يعتد به وصحح العقد . فالمبدأ إذن متفق عليه بين الإمام وصاحبيه ، وإنما الخلاف فى التطبيق . على أننا نرى أن الصاحبين قد استصحبا المألوف من طبيعة الاشياء ، ولا نراهما قد تجوزا إذ اعتبرا أن آلات الملاهى أشياء موضوعة للتلهى فى أصلها ، وأما استعمالها فى حالات قليلة ظروفا أو صنجات فهذا نادر، والنادر لا حكم . وحكم هذه الاشياء هو حكم القرد قد ينتفع بجلده، ولكنه فى الاصل إنما ينتفع به للتلهى ، ولذلك كان بيعه غير جائز فى الرواية التى صححت عن أبى حنيفه نفسه فيما قدمناه .

الحالة الثالثة — تميز السبب عن المحل :

وقد يكون المحل مشروعا فى ذاته ، ولكن السبب يكون غير مشروع ، فيتميز السبب عن المحل . وإذ كان السبب ظاهراً فى صيغة العقد ، فانه يعتد به ، ويكون العقد باطلا لعدم مشروعية السبب . وأظهر تطبيق لذلك هو

التعاقد على أن يؤجر شخص على القيام بواجب ، فالقيام بواجب محل مشروع والأجرة فى ذاتها أمر مشروع ، ولكن الإجرة على أمر مشروع سببها غير مشروع إذ لا أجر على واجب . ونورد بعض النصوص فى هذا المعنى :

جاء فى جامع الفصولين (جزء أول ص٢٤٨) : « الإجارة على عمل يجب عليه لم تجز » .

وجاء فى القدورى (ص ٩٦) : « إن استأجرها وهى زوجته أو معتدته لترضع ولدها ، لم يجز ، لأن الأرضاع مستحق عليها ديا' » .

وجاء فى الزيلعى (جزء ٣ ص ٦٢ — ص ٦٣) تفصيل لذلك فيما يأتى : « ولا تجبر أمه لترضع ، أى لا تجبر أم الصغير على إرضاع ولدها لما ذكرنا أن النفقة على الأب ، والإرضاع نفقة له فكان على الأب . . . وذكر الخصاف أن الأب إذا لم يكن له مال ولا للولد مال تجبر عليه، وتجعل الأجرة دينا عليه كما فى نفقته ، ويحمل هذا القول على ما إذا طلقها وانقضت عدتها . قال رحمه الله : لا أمه لو منكوحة أو معتدة ، أى لا يجوز استئجار أم الصبى إذا كانت تحته أو فى عدته ، لأن الإرضاع مستحق عليها ديانة ، قال الله تعالى والوالدات يرضعن أولادهن الآية ، وهو أمر بصيغة الخبر وهو آكد، فلا يجوز أخذ الأجر عليه ، ولهذا لا يجوز أن تأخذ الأجرة على خدمة البيت من الكنس وغيره ، وأنما لا تجبر عليه لاحتمال عجزها فعذرت ، فاذا أقدمت عليه ظهرت قدرتها فلا تعذر . . . ولو استأجر منكوحته لترضع ولده من غيرها ، جاز لأنه لم يجب عليها إرضاعه . » فهنا الإرضاع مستحق ديانة — أى واجب — على الزوجة والمعتدة ، فالاتفاق معها على أجر لذلك هو أجر على واجب ، وهذا لا يجوز .

وجاء فى الفتاوى الخانية (جزء ٢ ص ٣٢٢ وما بعدها) : « أمير العسكر إذا قال لمسلم أو ذمى إن قتلت ذلك الفارس فلك مائة درهم ، فقتله، لا شىء له، لأن هذا من باب الجهاد والطاعة ، فلا يستحق الأجر ، كما لو استؤجر ليؤم

الناس أو يؤذن . وقال محمد رحمه الله تعالى : إن قال ذلك لذمى ، يجب الأجر . ولو كانوا قتلى ، فقال الامير من قطع رؤوسهم فله عشرة دراهم ، جاز ، لان هذا الفعل ليس بجهاد بخلاف الاول . ولو استأجر الامير ذميا أو مسلما ليقتل أسيراً حربيا كان فى يده ، فقتله ، لاشىء له . وقال محمد رحمه الله تعالى : يجب الاجر المسمى ، كما يجب بذبح الشاة وضرب العبد » . فالمسألة إذن تدور حول الاجر على الواجب ، فما كان واجبا لا يؤخذ عليه أجر ، فان أخذ الاجر كان السبب غير مشروع ولا يجوز العقد .

§ ٢ — لا يعتد بالسبب إذا لم تتضمنه صيغة العقد

العقد المجرد

ويبدو أن الفقه الإسلامى يعرف العقد المجرد فى حالات خاصة محدودة. والعقد المجرد هو ، كما قدمنا ، عقد جرد من سببه فلا يعتد فيه بالسبب . مثل ذلك عقد الكفالة ، فهو عقد مجرد فى الفقه الإسلامى ، بل هو أكثر تجريدا منه فى الفقه الغربى الحديث . فقد رأينا أن للكفيل فى التقنين المدنى المصرى (م ٧٨٢) أن يتمسك بجميع الاوجه التى يحتج بها المدين ، ولكن التزام الكفيل نحو الدائن لا يتأثر بالعلاقة مابين الكفيل والمدين ، ولا يجوز للكفيل أن يتمسك ضد الدائن بالدفوع التى له أن يتمسك بها ضد المدين . أما فى الفقه الإسلامى، فان التزام الكفيل مجرد إلى مدى أبعد من ذلك ، فلا يستطيع الكفيل أن يحتج على الدائن بالاوجه التى يحتج بها المدين . جاء فى المبسوط للسرخسى (جزء ٢٠ ص ٨٥) فى هذا المعنى مايأتى : « إذا كفل رجل من رجل بألف درهم بأمره ، ثم غاب الأصيل ، فادعى الكفيل أن الالف من ثمن خمر ، فإنه ليس بخصم فى ذلك ، لأنه التزم المطالبة بكفالة صحيحة ، والمال يجب على الكفيل بالتزامه الكفالة ، وأن لم يكن واجبا على الأصيل » . ونرى من ذلك أن التزام الكفيل مجرد إلى حد أن الكفيل لا يستطيع أن

يحتج على الدائن بأن الدين غير مشروع لأنه ثمن خمر، وقد كان المدين يستطيع أن يحتج بذلك على الدائن . والفقه الغربى الحديث يبيح للكفيل ، كما قدمنا أن يحتج على الدائن بالأوجه التى يحتج بها المدين ، فيجوز للكفيل فى المثل الذى نحن بصدده أن يحتج على الدائن بعدم مشروعية الدين لأنه ثمن شيء غير مشروع. ولكن الفقه الإسلامى ينحو منحى آخر ، فيعتبر أن الكفيل قد التزم التزاما مجردا بالكفالة ، فالتزامه مستقل عن التزام المدين وليس له ، بعد أن التزم التزاما مجردا بكفالة صحيحة ، أن يحتج ببطلان التزام المدين (١) .

عقود لم تتضمن ذكر السبب فلا يعتد به :

وهناك عقود لم تتضمن صيغتها ذكر السبب بمعنى الباعث ، لا صراحة ولا ضمنا ، فلا يبحث عن السبب خارج العقد ، ولا يعتد به ، بل يكون العقد صحيحا مستقلا عن السبب . ونورد بعض النصوص فى هذا المعنى :

جاء فى مختصر الطحاوى (ص ٢٨٠) : « ومن كان له عصير فلا بأس عليه بيعه ، وليس عليه أن يقصد بذلك إلى من يأمنه أن يتخذه خمراً دون من يخاف ذلك عليه ، لأن العصير حلال ، فبيعه حلال كبيع ماسواه من الأشياء الحلال مما ليس على بائعها الكشف عما يفعله المشترى فيها » . فهنا يبيع الرجل العصير من العنب إلى مشتر ، ولا يذكر فى العقد ، لا صراحة ولا ضمنا ، أن المشترى يقصد من العصير إتخاذه خمراً ، فالبيع صحيح حتى لو تبين أن المشترى قصد اتخاذه خمراً ، ذلك أن الباعث هنا ، وإن كان غير مشروع ، لم يذكر فى العقد ، فلا يعتد به .

وجاء فى البدائع (جزء ٤ ص ١٨٩) : « ولو استأجر ذمى من مسلم بيعة ليصلى فيها لم يجز ، لأنه استئجار لفعل المعصية ، وكذا لو استأجر ذمى

---

(١) ومع ذلك فالرهن لضمان أجرة المغنية او النائحة باطل (الاشباه والنظائر لابن نجيم ص ١٣٥) .

من ذمى لما قلنا . ولو استأجر الذمى داراً من مسلم ، وأراد أن يصلى فيها من غير جماعة ، أو يتخذها مصلى للعامة ، فقد ذكرنا حكمه فيما تقدم . وقد ذكر صاحب البدائع فيما تقدم (جزء ٤ ص ١٧٦) ما يأتى : « غير أن الذمى إن استأجر داراً من مسلم فى المصر ، فأراد أن يتخذها مصلى للعامة ويضرب فيها بالناقوس ، له ذلك ، ولرب الدار وعامة المسلمين أن يمنعوه من ذلك على طريق الحسبة لما فيه من إحداث شعائر لهم وفيه تهاون بالمسلمين واستخفاف بهم ، كما يمنع من إحداث ذلك فى دار نفسه فى أمصار المسلمين . قال النبى صلى الله عليه وسلم لاخصاء فى الإسلام ولا كنيسة ، أى لا يجوز إخصاء الإنسان ولا إحداث الكنيسة فى دار الإسلام فى الأمصار . ولا يمنع أن يصلى فيها بنفسه من غير جماعة ، لأنه ليس فيه ماذكرناه من المعنى ، ألا ترى أنه لو فعل ذلك فى دار نفسه لا يمنع منه . ولو كانت الدار بالسواد ، ذكر فى الأصل أنه لا يمنع من ذلك ، لكن قيل أن أبا حنيفة إنما أجاز ذلك فى زمنه لأن أكثر أهل السواد فى زمنه كانوا أهل الذمة من المجوس ، فكان لا يؤدى ذلك إلى الإهانة والاستخفاف بالمسلمين ، وأما اليوم فالحمد لله عز وجل فقد صار السواد كالمصر ، فكان الحكم فيه كالحكم فى المصر . وهذا إذا لم يشرط ذلك فى العقد ، فأما إذا شرط بأن استأجر ذمى داراً من مسلم فى مصر من أمصار المسلمين ليتخذها مصلى للعامة ، لم تجز الإجارة لأنه استئجار على المعصية ، وكذا لواستأجر ذمى من ذمى داراً ليفعل ذلك لما قلنا» . فهنا نجد المبدأ مطبقا فى كثير من الوضوح . فالذمى الذى يستأجر من المسلم أو من الذمى داراً ليتخذها مصلى للعامة ، يكون قد ذكر فى العقد الباعث الذى دفعه إلى هذا الاستئجار . وهو باعث غير مشروع ، فلا يجوز العقد . أما الذمى الذى يستأجر من المسلم أو من الذمى داراً فى المصر ، ثم هو لا يذكر فى العقد أنه استأجرها ليجعلها مصلى للعامة وظهر بعد الإيجار أنه قصد إلى ذلك ، فان الباعث لم يذكر فى العقد ، فلا يعتد به ، ولا يؤثر فى صحة الإيجار . ولا يمنع الذمى فى هذه الحالة من الصلاة فى الدار من غير جماعة ، أما إذا نفذ قصده واتخذ الدار مصلى

للجماعة ، فيمنع من عامة المسلمين ، لا عن طريق بطلان عقد الإيجار فعقد الإيجار كما قدمنا صحيح قائم ، بل عن طريق الحسبة لأن ما يفعل معصية فيها استخفاف بالمسلمين . وإذا كانت الدار فى السواد ، وكان غير المسلمين كثرة لا قلة ، فإنه لا يجوز مع ذلك أن يذكر فى العقد أن الدار تتخذ مصلى للعامة، وإن ذكر ذلك فى العقد فالعقد غير جائز . أما إذا لم يذكر ، فالعقد يكون صحيحا ولا يعتد بالباعث الذى لم يذكر ، وإذا اتخذ المستأجر الدار مصلى للعامة وكثرتهم غير مسلمين فلا يمنع من ذلك كما رأينا فى النص .

ومثل ذلك أيضا الزواج بالمحلل ، فان ذكر فى عقد الزواج شرط التحليل، كان العقد باطلا عند أبى يوسف ، لأن الباعث غير مشروع ، وقد ذكر فى العقد فيعتد به ويبطل الزواج . وإن لم يذكر فى العقد شرط التحليل ، فالزواج صحيح ، ولا يعتد بالباعث لأنه لم يذكر فى العقد(١) ، وكذلك بيع العينة — والباعث عليه الربا غير أن الباعث لا يذكر فى العقد فلا يعتد به — صحيح عند الصاحبين وفى مذهب الشافعى (٢) .

---

(١) وقد لخص الاستاذ محمد يوسف موسى المذهب الحنفى فى زواج المحلل على الوجه الآتى : « يرى الامام ابو حنيفة انه ان كان بشرط التحليل كما أن قال الزوج الثانى حين العقد : تزوجتك لاحلك لزوجك السابق ، كان العقد صحيحا ، لان عقد الزواج لاتبطله الشروط الفاسدة ، فتحل الزوجة اذن لزوجها الاول بعد دخول الثانى بها وطلاقها منه ، الا انه مكروه تحريما لقول الرسول صلى الله عليه وسلم : لعن الله المحلل والمحلل له . وعند أبى يوسف هو عقد فاسد ، لانه زواج مؤقت واصل الزواج أن يكون دائما ، واذن فلا تحل للاول بعد تطليق الثانى لها . وعند محمد هو عقد صحيح ، الا انه لا يحل الزوجة لزوجها الاول بعد مفارقة الاول لها عقابا له ، لانه استعجل طلاقها من الثانى . وهذا كله اذا كان الزواج الثانى قد عقد بشرط التحليل اما اذا لم يقع على هذا الشرط ، وان كان هو القصد ، فلا يكون مكروها ، وتحل به لزوجها الاول . وعلى أن واحدا من الفقهاء ، وهو السروجى يذكر أن الثابت عادة كالثابت نصا ، اى فيصير شرط التحليل كأنه منصوص عليه فى العقد فيكره » . (الاموال ونظرية العقد فى الفقه الاسلامى فقرة ٤٢٧ ص ٣٠٠) . انظر ايضا فى هذا الموضوع الزيلعى ٣ ص ٢٥٩ — ابن عابدين ٣ ص ٥٥٤ — ص ٥٥٥ .

(٢) بيع العينة هو حيلة للقرض بالربا ، فيشترى شخص من آخر شيئا بثمن مؤجل ، ثم يبيعه نفس الشىء بثمن معجل أقل من الثمن الاول ،

المطلب الثانى

فكرة المشروعية واختلاف النظر فيها وتطورها

فكرة المشروعية فكرة غير ثابتة :

على أن فكرة المشروعية ليست أمراً ثابتاً ، بل هى قد تختلف فيها الأنظار . ثم هى فكرة تتطور ، فما كان غير مشروع بالأمس قد يكون مشروعا اليوم ، وما كان مشروعا من قبل قد يكون بعد ذلك غير مشروع . فننظر أولا فى بعض الحالات التى تختلف فيها الأنظار فى فكرة المشروعية ، ثم ننظر كيف تتطور هذه الفكرة من زمن إلى زمن .

حالات تختلف فيها الانظار فى المشروعية :

نورد هنا بعض النصوص حيث نجد الفقهاء تختلف أنظارهم فيما إذا كان السبب يعتبر مشروعا أو غير مشروع :

= والفرق ربا . وقد يوسط المتعاقدان بينهما ثالثا ، فيشترى احد المتعاقدين من الآخر الشىء بثمن مؤجل ، ثم يبيعه الى الوسيط بثمن معجل اقل ، ويبيع الوسيط الشىء الى بائعه الاول بنفس الثمن المعجل الذى اشترى به . فهنا الباعث هو الربا ، ولا يؤثر فى العقد عند الحنفية والشافعية لانه غير ظاهر فى صيغة العقد . أما عند الحنابلة والمالكية فهو باطل ، اعتدادا بالباعث ولو لم يظهر فى صيغة العقد . ويلخص الاستاذ محمد يوسف موسى حكم بيع العينة فى المذاهب المختلفة على الوجه الآتى : « ذهب بعض الفقهاء ، ومنهم الامام الشافعى ، الى أن هذا العقد جائز ، لان ركنه من الايجاب والقبول الصحيحين قد تحقق ، ولا عبرة بالنية التى لانرفعها لعدم وجود مايدل عليها . واما الثمن الذى باع به المشترى للعين ، وهو ثمن أقل مما اشتراها به ، فهو فى راى الشافعى ثمن يجوز بيعها به من غير بائعها ، فجاز من بائعها ، كما لو باعها بمثل ثمنها . أما فى مذهب الاحناف ، فقد اجاز أبو يوسف هذا البيع بلا كراهة ، وأجازه محمد مع الكراهة حتى أثر عنه انه قال : هذا البيع فى قلبى كأمثال الجبال ذميم ، اخترعه اكلة الربا . وعند الامام نفسه هو عقد فاسد ان خلا من توسط ثالث بين المالك المقرض والمشترى المقترض . وابن حنبل يرى ومثله الامام مالك أن هذا العقد يقع باطلا » (الاموال ونظرية العقد فى الفقه الاسلامى فقرة ٤٢٨ – فقرة ٤٢٩ ص ٣٠٠ – ص ٣٠٢) .

جاء فى البدائع (جزء ٤ ص ١٩٠) : « ومن استأجر حمالا يحمل له الخمر ، فله الأجر فى قول أبى حنيفة ، وعند أبى يوسف ومحمد لا أجر له ، كذا ذكر فى الأصل . وذكر فى الجامع الصغير أنه يطيب له الأجر فى قول أبى حنيفة . وعندهما يكره . لهما أن هذه إجارة على المعصية ، لأن حمل الخمر معصية لكونه إعانة على المعصية ، وقد قال الله عز وجل ولا تعاونوا على الإثم والعدوان ، ولهذا لعن الله تعالى عشرة منهم حاملها والمحمول إليه . ولأبى حنيفة أن نفس الحمل ليس بمعصية ، بدليل أن حملها للإراقة والتخليل مباح . وكذا ليس بسبب للمعصية وهو الشرب ، لأن ذلك يحصل بفعل فاعل مختار ، وليس الحمل من ضرورات الشرب ، فكانت سببا محضاً فلا حكم له كعصير العنب وقطفه ، والحديث محمول على الحمل بنية الشرب وبه نقول ان ذلك معصية ويكره أكل أجرته . »

وجاء فى الفتاوى الخانية (جزء ٢ ص ٣٢٢ وما بعدها) « ذمى استأجر مسلماً ليحمل له خمراً ، جاز فى قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى كما يجوز استئجار الكنائس . وقال صاحباه لا يجوز . وعلى هذا الخلاف إذا استأجر الذمى دابة من مسلم أو سفينة لينقل عليها الخمر . وأن استأجر ذمى ذمياً لذلك ، جاز . وكذا الاستئجار لرعى الخنازير ، وإن استأجر المسلم ذمياً ليبيع له خمراً أو ميتة أو دماً ، لا يجوز ، وإن استأجر الذمى مسلماً لحمل ميتة من الطريق أو جلد ميتة إلى موضع الدباغة ، جاز فى قولهم ، وكذا لو استأجره لعصر العنب . . ولو استأجر الذمى من مسلم بيتاً يبيع فيه الخمر ، جاز عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى ، ولا بأس لمسلم أن يؤاجر داره من ذمى ليسكنها ، وإن شرب فيها الخمر أو عبد فيها الصليب أو أدخل فيها الخنازير ، فذلك لا يلحق بالمسلم كمن باع غلاما ممن يقصد به الفاحشة أو باع جارية ممن يأتيها فى غير المأتى أو لا يستبرئها . ولو استأجر المسلم من الذمى بيعة ليصلى فيها ، لم يجز . وكذا أهل الذمة إذا استأجروا ذمياً ليصلى بهم أو ليضرب لهم ناقوساً ، لا يجوز . ولو

آجر المسلم نفسه من المجوس ليوقد لهم النار لا بأس عندهم ، لأن التصرف فى النار والانتفاع بها مباح بخلاف الانتفاع بالخمر وحمل الخمر عندهم . . . ولو استأجر رجلا . . لينحت له طنبوراً أو بربطا ففعل ، طاب له الأجر ، إلا أنه يأثم به . وكذا لو استأجر رجلا ليكتب له غناء بالفارسية أو بالعربية طاب له الأجر . وكذا لو بنى بالأجر بيعة أو كنيسة لليهود والنصارى ، طاب له الأجر . وكذا لو كتب لامرأة كتاباً إلى حبيبها بأجر . ولو استأجر مشاطة لتزيين العروس ، قالوا لا يطيب لها الأجر إلا أن يكون على وجه الهدية بغير شرط ولا تقاض . قال مولانا رحمه الله تعالى وينبغى أن الاجارة إذا كانت موقته وكان العمل معلوما ولم تنقش التماثيل والصور ، جازت الاجارة ويطيب لها الأجر ، لأن تزيين العروس مباح . أهل بلدة ثقلت عليهم المؤونات ، فاستأجروا رجلا بأجر معلوم ليذهب إلى السلطان ويرفع القصة ليخفف عنهم السلطان نوع تخفيف ، وأخذ الأجر من عامة أهل البلدة من الأغنياء والفقراء ، قالوا إن كان بحال لو ذهب إلى بلدة السلطان يتهيأ له إصلاح الأمر فى يوم أو يومين جازت الإجارة ، وإن كان بحال لا يحصل المقصود فى يوم أو يومين وإنما يحصل فى مدة ، فإن وقتوا للإجارة وقتاً جازت الإجارة وله كل المسمى ، وأن لم يوقتوا فسدت الإجارة وكان له أجر المثل على أهل البلدة على قدر مؤونتهم ومنافعهم ، وقال بعضهم لا تصح هذه الإجاره على كل حال .. وأجمعوا على أن الاستئجار على تعليم الفقه باطل .. ولو استؤجر رجل لغسل الميت لا يجوز . . ولو استؤجر لحمل الجنازة ؛ إن لم يكن هناك من يحملها لا يجوز لأنه تعين فى إقامة الحسبة ، وإن كان هناك من يحملها جاز . . اختلف المشايخ فى الدلالة فى النكاح هل يكون لها أجر : قال الشيخ الإمام أبو بكر محمد بن الفضل رحمه الله تعالى لا أجر لها ، لأنه لا منفعة للزوج من كلامها بغير عقد ، وإنما منفعة الزوج فى العقد ، والعقد ما قام بها . وقال غيره من المشايخ لها أجر مثلها ، لأن معظم الأمر فى النكاح يقوم بالدلالة ، فإن النكاح لا يكون إلا بمقدمات تكون من الدلالة ، فكان لها

أجر المثل ، بمنزلة الدلال فى البيع فإنه يستحق الأجر وإن كان البيع يكون من صاحب المتاع » .

ونحن نرى هذا النص المفصل يعرض لطائفة من الحالات يناقش فيها مشروعية السبب ، فتارة يجزم بأن السبب مشروع أو غير مشروع ، وطوراً يبين أن المشروعية مختلف فيها بين الفقهاء .

فاستئجار الذمى مسلماً لحمل ميتة عن الطريق أو جلد ميتـــة إلى موضع الدباغة ، او لعصر العنب ، أو لبيع الخمر ، وإيجار المسلم الدار من ذمى ليسكنها وإن شرب فيها الخمر أو عبد فيها الصليب أو أدخل فيها الخنازير(١) ، كل هذا جائز ، لأنه لايلحق المسلم . أما استئجار المسلم الذمى ليبيع خمراً أو ميتة أو دماً فلا يجوز ، لأن هذا يلحق المسلم . ويجوز إيجار المسلم نفسه من المجوس ليوقدلهم النار ، كما يجوز استئجار الرجل ليكتب غناء بالفارسية أو بالعربية(٢) أو لبناء بيعة أو كنيسة لليهود أو النصارى أو لكتابة كتاب من امرأة إلى حبيبها .

ولا يجوز استئجار المسلم أو الذمى من الذمى بيعة ليصلى فيها ،

---

(١) والمبدأ الذى يجيز ايجار المسلم الدار من ذمى ليسكنها وان شرب فيها الخمر أو عبد فيها الصليب او ادخل فيها الخنازير ، لايجيز على النقيض من ذلك ، للذمى أن يوصى بمال له لبناء مسجد ، اذ العبرة فى الحالتين بما يدين به المسلم ، والذمى انما يعامل بديانته . فدينه يجيز له شرب الخمر وادخال الخنازير فى داره ويوجب عليه عبادة الصليب ، ومن ثم جاز للمسلم أن يؤجر داره للذمى لهذه الاغراض ، فهى جائزة عند الذمى ، ولا شىء منها يلحق المسلم . ودين الذمى لا يجيز له أن يبنى مسجدا ، فوصيته بمال لبناء مسجد وصية باطلة . وقد أشار الاستاذ شكرى قرداحى الى هذا الحكم الاخير فى الفقه الاسلامى فى كتابه المعروف « القانون والاخلاق » (جزء ٢ ص ٢٩١) ، وأشار الى نص فقهى يورد هذا الحكم على الوجه الآتى : « وثانيها أن يوصى بما هو معصية عندهم قربة عندنا ، كما لو أوصى أن يجعل داره مسجدا . . . فهى باطلة بالاجماع اعتبارا لاعتقادهم ، لاننا نعاملهم بدياناتهم » (مجمع الانهر ٢ ص ٧١٧) .

(٢) ويأخذ الاستاذ بدرو ديب على هذا الحكم تعارضه مع الحكم القاضى بعدم جواز اجارة المغنية (بحث فى نظرية الباعث فى المذهب الحنفى ص١٩٧)

ولا استئجار المغنية أو النائحة (١) ، ولا الاستئجار على تعليم الفقه أو لغسل الميت أو لحمل الجنازة إن لم يكن هناك من يحملها لأن كل هذا واجب ولا أجر على واجب (٢) .

وهناك خلاف بين الفقهاء فى استئجار المسلم لحمل الخمر ، أو لنقله ، أو لرعى الخنازير . فالصاحبان لايجيزان ذلك لأن الإجارة هنا إعانة على المعصية ، وابو حنيفة يجيزه لأن العمل فى ذاته ليس بمعصية ولا يتحتم أن يكون سبباً للمعصية . والخلاف قائم أيضاً فى استئجار مشاطة لتزيين العروس ، فمن الفقهاء من يرى أن تزيين العروس لايؤخذ عليه أجر وإنما تقبل فيه الهدية ، ومنهم من يرى أن تزيين العروس مباح فيؤخذ عليه الأجر . ويختلف الفقهاء فى استئجار رجل ليحمل ظلامة قوم إلى السلطان ، فمنهم من يرى الجواز مادام أن الإجارة قد حدد لها وقت معين ، ومنهم من لايجيز الاجارة على هذا العمل . ويختلف الفقهاء أخيراً فى الدلالة فى النكاح ، وهذا ماسميناه فى الفقه الغربى بعقد الوساطة فى الزواج ، فمن الفقهاء من يجيزها لأن الزواج لايكون إلا بمقدمات تأتى من الدلالة ، ومنهم من لايجيزها لأن الدلالة لاتعقد الزواج بنفسها وإنما يقوم بالعقد الزوجان (٣) .

---

(١) ولا يجوز استئجار المغنية او النائحة حتى عند الشافعية ، وهم الذين يترخصون اكثر من غيرهم فى الاباحة ، ذلك ان النية غير المشروعة هنا قد اختلطت بالعمل نفسه فاصبحاشيئا واحدا (أنظر فى هذا المعنى بدرو ديب : بحث فى نظرية الباعث فى المذهب الحنفى ص ٢٣١ — ص ٢٣٢) .

(٢) ويلاحظ الاستاذ بدور ديب ان فقهاء الحنفية لايجيزون فى عقد الايجار مايجيزون فى عقد البيع ، لان عقد الايجار انما ورد على خلاف القياس ورخص فيه استحسانا ، فكان يسيرا عليهم سحب هذه الرخصة فى كل مايكون مظنة لعدم المشروعية (بحث فى نظرية الباعث فى المذهب الحنفى ص ٢٣١) .

(٣) ويقول الاستاذ صبحى محمصانى فى هذا الصدد مايأتى : « لايجوز لابوى الزوجة أو أحد اقاربها ان يأخذ من الزوج دراهم او اى شىء كان لقاء تزويجها او تسليمها ، وقد قال ابن البزاز أن هـذا نوع من الرشـوة : الفتاوى البزازية ، ص ١٥٤ — ص ١٥٥ بهامش الهندية . وهو حكم متفق عليه عند الحنفيين وغيرهم ، ويطبق على الاقارب وغير الاقارب . فقد

=

تطور فكرة المشروعية :

وفكرة المشروعية تتطور كما قدمنا ، فما كان غير مشروع من قبل قد يصبح مشروعا ، وما كان مشروعا قد يصبح غير مشروع .

فقد كان تعليم القرآن لايجوز الأجر عليه ، ثم جاز بعد ذلك . جاء فى الفتاوى الخانية (جزء ٢ ص ٣٢٦) : « وإن استأجر رجلا لتعليم القرآن ، لاتصح الإجارة عند المتقدمين ولا أجر له ، بين لذلك وقتاً أو لم يبين . ومشايخ بلخ رحمهم الله تعالى جوزوا هذه الإجارة ، حتى حكى عن محمد بن سلام رحمه الله تعالى أنه قال أقضى بتسمير باب الوالد بأجرة المعلم . وقال الشيخ الإمام أبو بكر محمد بن الفضل رحمه الله تعالى إنما كره المتقدمون الاستئجار لتعليم القرآن وكرهوا أخذ الأجر على ذلك ، لأنه كان للمعلمين عطيات فى بيت المال فى ذلك الزمان وكان لهم زيادة رغبة فى أمر الدين وإقامة الحسبة ، وفى زماننا انقطعت عطياتهم وانتقصت رغائب الناس فى أمر الآخرة ، فلو اشتغلوا بالتعليم مع الحاجة إلى مصالح المعاش لاختل معاشهم ، فقلنا بصحة الإجارة ووجوب الأجرة للمعلم ، بحيث لو امتنع الوالد عن إعطاء

=
سئل صاحب الفتاوى الخيرية فى رجل تزوج زوجة فتعرض له شخص يقول : هذه فلاحتى واطلب عليها خلعة ، هل يجوز ان يحكم بذلك أم لا . فأجاب : يحرم عليه ذلك باجماع المسلمين : الفتاوى الخيرية ، ص ٢٨١ . وشبيه بهذه المسألة ما استقر عليه اجتهاد القضاء فى أوربا من تحريم السمسرة فى أمور الزواج ، باعتبارها ترتكز على سبب غير مشروع ومخالف للاداب » (النظرية العامة للموجبات والعقود فى الشريعة الاسلامية ٢ ص ٩٨)

بقيت المقامرة ، وهذه غير مشروعة بداهة فى الفقه الاسلامى . وكذلك الرهان من الجانبين غير مشروع ، فلو تراهن المتسابقان على ان من يفوز منهما على صاحبه يأخذ منه مبلغا من المال ، لم يجز ذلك . ولكن يجوز للغير ان يتعهد باجازة الفائز من المتسابقين ، ويكون هذا تشجيعا للفائز وليس رهانا كما يجوز لاحد المتسابقين أن يعد صاحبه اذا فاز عليه باجازته . والذى لايجوز هو ، كما قدمنا ، أن يعد كل من المتسابقين الآخر باجازته اذا هو فاز ، فان هذا يكون رهانا (مجمع الانهر ٢ ص ٥٤٩ — ٥٥٠ — الاستاذ شكرى قرداحى فى القانون والاخلاق ، ص ٣٦٨ — ص ٣٦٩) .

الأجر حبس فيه . وإن لم يكن بينهما شرط ، يؤمر الوالد بتطييب قلب المعلم وإرضائه . وهذا بخلاف المؤذن والإمام ، لأن ذلك لا يشغل الإمام والمؤذن عن أمر المعاش . قال الشيخ الإمام شمس الأئمة السرخسي رحمه الله تعالى أن مشايخ بلخ جوزوا الإجارة على تعليم القرآن وأخذوا فى ذلك قبول أهل المدينة ، وأنا أفتى بجواز الاستئجار ووجوب المسمى » .

وجاء فى الزيلعى (جزء ٥ ص ١٢٤ — ص ١٢٥) : « والأذان والحج والإمامة وتعليم القرآن والفقه ، يعنى لا يجوز أخذ الأجرة على هذه الأشياء . وقال الشافعى رحمه الله يجوز فى كل ما لا يتعين على الأجير ، لأنه استئجار على عمل معلوم غير متعين عليه فيجوز ، وكونه عبادة لا ينافى ذلك ، ألا ترى أنه يجوز الاستئجار على بناء المسجد وأداء الزكاة وكتابة المصحف والفقه . ولنا قوله عليه الصلاة والسلام اقرأوا القرآن ولا تأكلوا به ، وعهد عليه الصلاة والسلام إلى عثمان بن أبى العاص : وإن اتخذت مؤذناً فلا تأخذ على الأذان أجراً ، ولأن القربة متى وقعت كانت للعامل فلا يجوز له أن يأخذ الأجر على عمل وقع له كما فى الصوم والصلاة ، ولأن التعليم مما لا يقدر عليه المعلم إلا بمعنى من جهة المتعلم فيكون ملتزما ما لا يقدر على تسليمه فلا يجوز . بخلاف بناء المسجد وأداء الزكاة وكتابة المصحف والفقه فإنه يقدر عليها الأجير ، وكذا الأجر يكون للآمر لوقوع الفعل عنه نيابة ولهذا لا تشترط أهلية المأمور فيها بل أهلية الآمر حتى جاز أن يستأجر الكافر فيها ولا يجوز فيما نحن فيه ، والأصل فيه أن كل شىء جاز أن يستأجر الكافر عليه جاز أن يستأجر عليه المسلم ، ومالا فلا . قال رحمه الله : والفتوى اليوم على جواز الاستئجار لتعليم القرآن ، وهو مذهب المتأخرين من مشايخ بلخ ، استحسنوا ذلك وقالوا بنى أصحابنا المتقدمون الجواب على ماشاهدوا من قلة الحفاظ ورغبة الناس فيهم وكانت لهم عطيات فى بيت المال وافتقاد من المتعلمين فى مجازاة الإحسان بالإحسان من غير شرط مروءة يعينونهم على معاشهم ومعادهم ، وكانوا يفتون بوجوب التعليم خوفا من ذهاب القرآن وتحريضاً

على التعليم حتى ينهضوا لإقامة الواجب فيكثر حفاظ القرآن . وأما اليوم فقد تغير ذلك كله ، واشتغل الحفاظ بمعاشهم ، وقل من يعلم حسبة ، ولا يتفرغون له أيضاً فإن حاجتهم تمنعهم من ذلك ، فلو لم يفتح لهم باب التعليم بالأجر لذهب القرآن ، فأفتوا بجواز ذلك لذلك ورأوه حسناً . وقالوا الأحكام قد تختلف باختلاف الزمان ، ألا ترى أن النساء كن يخرجن إلى الجماعات فى زمن النبي صلى الله عليه وسلم وفى زمن أبى بكر رضى الله عنه ، حتى منعهن عمر رضى الله عنه ، واستقر الأمر عليه وكان ذلك هو الصواب . وكان الإمام أبو بكر محمد بن الفضل يقول يجب الأجر ، ويحبس عليها . وقال فى النهاية يفتى بجواز الاستئجار على تعليم الفقه أيضاً فى زماننا ، ثم قال وفى روضة الزندويسى كان شيخنا أبو محمد الخيزاخزى يقول فى زماننا يجوز للإمام والمؤذن والمعلم أخذ الأجر ، قال كذا فى الذخيرة . ولا يجوز استئجار المصحف وكتب الفقه لعدم التعارف » .

كذلك قد يكون الأمر مشروعا ، فيصبح غير مشروع . وقد سبق أن نقلنا عن البدائع (جزء ٥ ص ١٧٦) ما يأتى : « ولو كانت الدار (التى استأجرها الذمى من المسلم واتخذها مصلى للعامة) بالسواد ، ذكر فى الأصل أنه لا يمنع من ذلك ، لكن قيل إن أبا حنيفة إنما أجاز ذلك فى زمنه لأن أكثر أهل السواد فى زمانه كانوا أهل الذمة من المجوس ، فكان لا يؤدى ذلك إلى الاهانة والاستخفاف بالمسلمين . وأما اليوم فالحمد لله عز وجل فقد صار السواد كالمصر ، فكان الحكم فيه كالحكم فى المصر » .

المبحث الثانى

نظرية السبب فى الفقه الحنبلى و الفقه المالكى و فى مذاهب أخرى

يعتد بالمقاصد والنيات ولو لم تذكر فى العقد :

ونظرية السبب فى الفقه الحنبلى والفقه المالكى ، وبخاصة فى الفقه الحنبلى ،

تبدو كما قدمنا أقرب إلى نظرية السبب الحديثة فى الفقه اللاتينى . فالسبب هو الباعث على التعاقد ، ويعتد به سواء ذكر فى العقد أو لم يذكر ، مادام يكون معلوما من الطرف الآخر ، فإن كان الباعث مشروعا فالعقد صحيح ، وإن كان غير مشروع فلا يصح العقد . (١)

ويذكر ابن القيم فى إعلام الموقعين (جزء ٣ ص ٩٦ — ص ٩٨) وجوب الاعتداد بالمقاصد والنيات فى العقود فيقول : « هل الاعتبار بظواهر الألفاظ والعقود وإن ظهرت المقاصد والنيات بخلافها ، أم للقصود والنيات تأثير يوجب الالتفات إليها ومراعاة جانبها . وقد تظاهرت أدلة الشرع وقواعده على أن القصود فى العقود معتبرة ، وأنها تؤثر فى صحة العقد وفساده وفى حله وحرمته ، بل أبلغ من ذلك ، وهى أنها تؤثر فى الفعل الذى ليس بعقد تحليلا وتحريما . فيصير حلالا تارة وحراما تارة باختلاف النية والقصد ، كما يصير صحيحاً تارة وفاسداً تارة باختلافها ، وهذا كالذبح ، فإن الحيوان يحل إذا ذبح لأجل الأكل ويحرم إذا ذبح لغير الله . . . وكذلك الرجل يشترى الجارية ينوى أن تكون لموكله فتحرم على المشترى ، وينوى أنها له فتحل له ، وصورة الفعل والعقد واحدة وإنما اختلفت النية والقصد . وكذلك صورة القرض وبيع الدرهم بالدرهم إلى أجل صورتهما واحدة ، وهذا قربة صحيحة وهذا معصية باطلة بالعقد . وكذلك عصر العنب بنية أن يكون خمراً معصية ملعون فاعله على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وعصره بنية أن يكون خلا او دبسا جائز ، وصورة الفعل واحدة . وكذلك السلاح يبيعه الرجل لمن يعرف أنه يقتل به مسلما حرام باطل لما فيه على الإعانة على الأثم والعدوان ، وإذا باعه لمن يعرف أنه يجاهد به فى سبيل الله فهو طاعة وقربة . وكذلك عقد النذر

---

(١) بل هناك حالات يكون فيها السبب — اى الباعث — مانعا من تنفيذ العقد بعد انعقاده صحيحا . ففى الوديعة لايرد المودع عنده الوديعة للمودع اذا أرادها هذا لارتكاب جريمة ، كمن اودع سيفا واراد استرداده للقتل (الاشباه والنظائر لابن نجيم ص ١١٠)

المعلق على شرط ينوى به التقرب والطاعة فيلزمه الوفاء بما نذره ، وينوى به الحلف والإمتناع فيكون يميناً مكفرة . . وكذلك من أدى عن غيره واجباً ينوى به الرجوع ملكه ، وإن نوى به التبرع لم يرجع . . . وهذا دليل على أن من نوى بالبيع عقد الربا حصل له الربا ، ولا يعصمه من ذلك صورة البيع ، وأن من نوى بعقد النكاح التحليل كان محللا ولا يخرجه من ذلك صورة عقد النكاح » .

وكذلك المالكية يعتدون بالباعث وإن لم يذكر فى العقد . فلا يجيزون بيع أرض بقصد بناء كنيسة ، أو بيع خشب بقصد صنع صليب ، أو شراء عبد بقصد أن يكون مغنياً ، أو استئجار كراريس فيها عبارات النواح . (١)

---

(١) انظر فى هذا المعنى بدرو ديب ، بحث فى نظرية الباعث فى المذهب الحنفى ص ٢٣٢ — ص ٢٤٣ — وكثيرا مايعرض المالكية للسبب فى صدد الكلام فى المحل . جاء فى الحطاب (جزء ٤ ص ٢٦٣ — ص ٢٦٤) : « واعلم ان الاعيان على قسمين : الاول مالا منفعة فيه اصلا ، فلا يصح العقد به عليه . . . الثانى ماله منفعة وهو على ثلاثة اقسام : الاول ماكان جميع منافعه محرمة ، وهو الذى لا منفعة فيه لا يصح بيعه ولاتملكه . . وقال فى المتيطية ومن اشترى من الة اللهو شيئا البوق وغيره فسخ البيع وادب أهله انتهى . الثانى ماكان جميع منافعه محللة فيجوز بيعه اجماعا . . الثالث مافيه منافع محللة ومنافع محرمة ، قال المازرى فهو المشكل على الافهام ومزلة الاقدام ، وفيه ترى العلماء مضطربين ، وانا اكشف عن سره ليهون عليك اختلافهم . فان كان جل المنافع والمقصود منها محرما والمحلل منها تبعا فواضح الحاقه بالقسم الاول . . وان كان جل المنافع والمقصود منها محللا والمحرم تبع فواضح الحاقه بالثانى . . وان كانت منافعه المقصودة منها ماهو محلل ومنها ماهو محرم او فيه منفعة محرمة مقصودة وسائر منافعه محللة ، قال المازرى فهذا هو المشكل ، وينبغى ان يلحق بالممنوع . . وربما وقع فى هذا النوع مسائل تشكل على العالم ، فيخلط المسألة بعين فكرته فيرى المنفعة المحرمة ملتبسا امرها هل هى مقصودة ام لا ، ويرى ماسواها من المنافع المقصودة محللة فيمتنع من التحريم لاجل كون المقصود من المنافع محللا ، ولا ينشط لاطلاق الاباحة لاجل الاشكال فى تلك المنفعة هل هى مقصودة ام لا ، فيقف هنا المتورع ، ويتساهل اخر ويقول بالكراهية للالتباس ولا يحرم ، فاحتفظ بهذا الاصل فانه من مذهبات العلم ، ومن اتقنه علما هان عليه جميع مسائل الخلاف الواردة فى هذا الباب » .

وجوب علم الطرف الآخر بالسبب غير المذكور فى العقد :

فإذا ذكر السبب ، أى الباعث ، فى العقد ، فقد دخل فى دائرة التعاقد واعتد به فى جميع المذاهب على النحو الذى قدمناه . أما إذا لم يذكر السبب فى العقد لا صراحة ولا ضمنا ، فان المذهب الحنبلى يعتد به مع ذلك ، كما سبق القول ، بشرط أن يكون معلوما من الطرف الآخر ، وهذا هو المنحى الذى نحاه الفقه اللاتينى الحديث كما أسلفنا .

فمن باع عصير عنب ، ولم يبين المشترى أنه يريد اتخاذه خمراً ، فقد رأينا المذهب الحنفى يصحح البيع لأن السبب غير مذكور فى العقد . أما فى المذهب الحنبلى فالحكم يختلف ، ويعتد فى هذا المذهب بالباعث ولو لم يذكر فى العقد ، ما دام هذا الباعث كان معلوما من الطرف الآخر : فاذا كان بائع العصير يعلم أن المشترى سيتخذ العصير خمراً لم يصح البيع . وقد يستخلص علم البائع من القرائن وظروف الحال ، فمن باع عصير عنب إلى شخص يتجر فى الخمر فقد قامت القرينة على أن المشترى إنما يريد إتخاذ العصير خمراً ، فلا يصح العقد . وقد جاء فى المغنى (جزء ٤ ص ٢٨٣ — ٢٨٤) فى هذا المعنى ما يأتى : « وبيع العصير ممن يتخذه خمراً باطل . وجملة ذلك أن بيع العصير لمن يعتقد أنه يتخذه خمراً محرم . وكرهه الشافعى . وذكر بعض أصحابه أن البائع إذا اعتقد أنه يعصرها خمراً فهو محرم ، وإنما يكره إذا شك فيه . وحكى ابن المنذر عن الحسن وعطاء والثورى أنه لا بأس ببيع التمر لمن يتخذه مسكراً . قال الثورى بع الحلال ممن شئت ، واحتج لهم بقول الله تعالى وأحل الله البيع ، ولأن البيع تم بأركانه وشروطه . ولنا قول الله تعالى ولا تعاونوا على الإثم والعدوان ، وهذا نهى يقتضى التحريم . وروى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه لعن فى الخمر عشرة ، فروى ابن عباس أن النبى صلى الله عليه وسلم أتاه جبريل ، فقال يا محمد إن الله لعن الخمر وعاصرها ومعتصرها وحاملها والمحمولة إليه

وشاربها وبائعها ومبتاعها وساقيها ، وأشار إلى كل معاون عليها ومساعد فيها . أخرج هذا الحديث الترمذى من حديث أنس . . . وروى ابن بطة فى تحريم النبيذ بإسناده عن محمد بن سيرين أن قيما كان لسعد بن أبى وقاص فى أرض له ، فأخبره عن عنب أنه لايصلح زبيباً ولا يصلح أن يباع إلا لمن يعصره ، فأمر بقلعه ، وقال بئس الشيخ أنا إن بعت الخمر . ولأنه يعقد عليها لمن يعلم أنه يريدها للمعصية ، فأشبه إجارة أمته لمن يعلم أنه يستأجرها ليزنى بها . والآية مخصوصة بصور كثيرة ، فيختص منها محل النزاع بدليلنا . وقولهم تم البيع بشروطه وأركانه ، قلنا نعم لكن وجد المانع منه . إذا ثبت هذا ، فإنما يحرم البيع ويبطل إذا علم البائع قصد المشترى ذلك ، إما بقوله وإما بقرائن مختصة به تدل على ذلك ، فإما إن كان الأمر محتملا ، مثل أن يشتريها من لايعلم حاله أو من يعمل الخل والخمر معاً ، ولم يلفظ بما يدل على إرادة الخمر ، فالبيع جائز . وإذا ثبت التحريم ، فالبيع باطل . ويحتمل أن يصح وهو مذهب الشافعى لأن المحرم فى ذلك اعتقاده بالعقد دونه ، فلم يمنع صحة العقد كما لو دلس العيب . ولنا أنه عقد على عين لمعصية الله بها فلم يصح ، كإجازة الأمة للزنا والغناء ، وأما التدليس فهو المحرم دون العقد ، ولأن التحريم ههنا لحق الله تعالى فأفسد البيع كبيع درهم بدرهمين ، ويفارق التدليس فأنه لحق آدمى » .

وكبيع عصير العنب بيع السلاح لأهل الحرب أو لقطاع الطريق أو فى الفتنة ، وبيع الأمة للغناء ، وأجارتها للزنا ، وأجارة الدار ليبيع الخمر فيها ، أو لتتخذ كنيسة أو بيت نار ، وغير ذلك . فالباعث فى كل هذه الأحوال يعتد به حتى لو لم يذكر فى العقد ، مادام الطرف الآخر يعلم به . وقد جاء فى المغنى (جزء ٤ ص ٢٨٤ — ٢٨٥) فى هذا المعنى ما يأتى : « وهكذا الحكم فى محل مايقصد به الحرام ، كبيع السلاح لأهل الحرب أو لقطاع الطريق أو فى الفتنة ، وبيع الأمة للغناء أو إجارتها كذلك ، أو إجارة داره لبيع الخمر فيها ، أو لتتخذ كنيسة أو بيت نار ، وأشباه ذلك . فهذا حرام والعقد باطل لما قدمنا .

قال ابن عقيل . وقد نص أحمد رحمه الله على مسائل نبه بها على ذلك ، فقال فى القصاب والخباز : إذا علم أن من يشترى منه يدعو عليه من يشرب المسكر لا يبيعه ، ومن يخترط الأقداح لا يبيعها ممن يشرب فيها . ونهى عن بيع الديباج للرجال ، ولا بأس ببيعه للنساء. وروى عنه لا يبيع الجوز من الصبيان للقمار ، وعلى قياسه البيض ، فيكون بيع ذلك كله باطلا . قيل لأحمد رجل مات وخلف جارية مغنية وولداً يتيما وقد احتاج إلى بيعها . قال يبيعها على أنها ساذجة ، فقيل له فإنها تساوى ثلاثين ألف درهم فإذا بيعت ساذجة تساوى عشرين ديناراً ، قال لا تباع إلا على أنها ساذجة . وجه ذلك ماروى أبو أمامة عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال ، لا يجوز بيع المغنيات ، ولا أثمانهن ولا كسبهن، قال الترمذى هذا لا نعرفه إلا من حديث على بن يزيد وقد تكلم فيه أهل العلم، ورواه ابن ماجه،وهذا يحمل على بيعهن لأجل الغناء،فأما ماليتهن الحاصلة بغير الغناء فلا تبطل كما أن العصير لا يحرم بيعه لغير الخمر لصلاحيته للخمر . ولا يجوز بيع الخمر ولا التوكيل فى بيعه ولا شراؤه. قال ابن المنذر أجمع أهل العلم على أن بيع الخمر غير جائز . وقال أبو حنيفة يجوز للمسلم أن يوكل ذميا فى بيعها وشرائها،وهو غير صحيح،فان عائشة روت أن النبي صلى الله عليه وسلم قال حرمت التجارة فى الخمر . وعن جابر أنه سمع النبي صلى الله عليه وسلم عام الفتح وهو بمكة يقول إن الله ورسوله حرم بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام ، فقيل يارسول الله أرأيت شحوم الميتة فانها تطلى بها السفن وتدهن بها الجلود ويستصبح بها الناس ، فقال لا هو حرام ، ثم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم قاتل الله اليهود إن الله تعالى حرم عليهم شحومها فجملوه ثم باعوا وأكلوا ثمنه ، متفق عليه . ومن وكل فى بيع الخمر وأكل ثمنه قد أشبهم لأن الخمر نجسة محرمة يحرم بيعها والتوكيل فى بيعها كالميتة والخنزير ، ولأنه يحرم عليه بيعه فحرم عليه التوكيل فى بيعه كالخنزير » .

وتوجد نصوص أخرى ، فى المذهبين الحنبلى والمالكى ، فى هذا المعنى . نذكر منها :

ماجاء فى الفروع (جزء ٢ ص ١٧١) : « ولا يصح بيع ماقصد به الحرام كعصير لمتخذه خمراً قطعا . نقل الجماعة : إذا علم وقبل أو ظنا ، واختاره شيخنا . نقل ابن الحكم إذا كان عندك يريده للنبيذ فلا تبعه ، إنما هو على قدر الرجل . قال أحمد : أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم كرهوا بيع العصير ، وسلاحا فى فتنة لأن النبى صلى الله عليه وسلم نهى عنه ، قال أحمد وقد يكون يقتل به ويكون لا يقتل به ، وإنما هو ذريعة له ولحربى ، ومأكول ومشموم لمن يشرب عليهما المسكر ، وأقداح لمن يشرب فيها وجوز لقمار ، وأمة وأمرد لواطىء دبر . ويصح بيع من قصد ألا يسلم مبيعا أو ثمنا ذكروه فى كتب الخلاف ، ومن اتهم بغلامه فدبره فنقل أبو داود يحال بينهما إذا كان فاجراً معلنا ، وهذا كما نقله أبو داود فى المجوس تسلم أخته يحال بينهما إذا خافوا عليها يأتيها . قيل لأحمد مات وترك سيوفا ، قال لا تباع ببغداد وتباع بالثغر ، ويتوجه أنه ندب ، وفى المنثور منع منه لاستعمالها فى الفتن غالبا » .

وما جاء فى الحطاب (جزء ٤ ص ٢٦٧) : « بيع العنب لمن يعصره خمراً ، وبيع ثياب الحرير ممن يلبسها ، غير جائز » . وانظر أيضا المدونة الكبرى (١١ ص ٦٢ — ص ٦٩) .

ويقارن الشعرانى فى الميزان الكبرى (جزء ٢ ص ٧٤ ومابعدها) بين المذاهب الأربعة فى هذا الصدد ، فيقول : ومن ذلك قول الأئمة الثلاثة أنه يصح بيع العنب لعاصر الخمر (١) مع الكراهة ، مع قول أحمد بعدم الصحة . فالأول فيه تخفيف ، والثانى مشدد . وجه الأول أن المقاصد هى التى يؤاخذ بها العبد ، وأما الوسائل فقد يحال بين العبد وبينها ، فلذلك كان بيع العنب لمن يريد أن يعصره خمراً غير حرام لعدم تحققنا أنه يتمكن من عصره . وكان البصرى يقول لا بأس ببيع العنب لعاصر الخمر ، وكان سفيان الثورى يقول بع الحلال لمن شئت . ووجه الثانى سد الباب ، لأن مايتوصل به إلى الحرام

---

(١) ومع ذلك فقد راينا ان المذهب المالكى لايجيز بيع العنب لمن يعصره خمرا (الحطاب ٤ ص ٦٧ ٢) .

فهو حرام ولو بالقصد ، كما لو نظر إنسان إلى ثوب موضوع فى طاق على ظن أنه إمرأة أجنبية فانه يحرم عليه ذلك ، فافهم » . [١]

---

(١) ولا شك فى ان نظرية السبب فى الفقه الحنبلى تقرب كثيرا من النظرية الحديثة للسبب فى الفقه اللاتينى ، وتبعد فى الوقت ذاته عن النظرية التقليديه التى وضع دوما اساسها . ويقول الاستاذ شكرى قرداحى فى هذا الصدد : ان فكرة السبب فى الفقه الاسلامى ليست فكرة مجردة خالية من الباعث الذى يقترن بها ، بعيدة عن الدوافع التى تحفز الشخص الى العمل . فليست هى فكرة السبب كما كان يراها دوما ، بل هى فكرة القضاء حيث ينطوى السبب على الباعث الدافع الذى يحفز الى التعاقد . فاذا نحن عزلنا الباعث عن السبب بالمعنى التقليدى ، كان العقد مشروعا . ولكن ابن حنبل يراه غير مشروع بالنظر الى الغاية غير المشروعة التى يقصد اليها احد المتعاقدين بعلم التعاقد الاخر . ومن الممكن ان نعدد الامثلة ، وهى تثبت جميعا ان الفقه الاسلامى قد صنع نظرية للسبب هى ابعد مدى واوسع افقا من نظرية السبب التى صاغها دوما ـ نظرية ، كالنظرية التى صاغها القضاء الفرنسى فى الوقت الحاضر ، تعتد بالاغراض الذاتية التى حفزت أطراف التعاقد على الالتزام ، فتصل من وراء ذلك الى ابطال التصرفات غير المشروعة (القانون والاخلاق ٢ ص ٢٨٥ ــ ٢٨٦) .

ويقول الاستاذ صبحى محمصانى ان نظرية الشريعة الاسلامية فى السبب قريبة من نظرية القضاء الفرنسى ، لانها لاتعتبر فى العقد السبب فحسب ، بل تعتبر ايضا الباعث الشخصى اذا كان معصودا فى العقد صراحة او دلالة. ويورد الاستاذ محمصانى « قضية عرضت على مجلس المشاورين فى قرطبة وخلاصتها ان رجلا استدان من زوجته ثلاثين دينار وامهلته لمدة خمس سنين ، ولكنه طلقها بعد سنة ونصف ، فقاضته زوجته تطلب حلول الدين وسقوط الاجل . فرفع القاضى امرها الى ذلك المجلس ، فافتى ابن عتاب لمصلحتها ، معللا بان هذا الاتفاق كان ملحوظا فيه ود الزوجية واستدامة الصحبة فاما وقد انفصمت فقد زال السبب الموجب للتاجيل : تبصرة الحكام لابن فرحون ٢ ص ٦٨ .. وبمعناه روى عن ابن حنبل وغيره انه قال فى هبة المراة زوجها صداقها اذا سألها ذلك ، فان سببها استدامة النكاح ، فان طلقها فلها الرجوع فيها : القواعد لابن رجب رقم ١٥٠ ص ٣٢٢ ــ البهجة شرح التحفة ٢ ص ٦٥ ــ ومن اكترى فندقا او حماما ، فانجلى اهل البلد عنه أو قل وارده ولم يجد من يسكنه ، فلا كراء عليه : البهجة شرح التحفة ٢ ص ٣٣ ــ ويشترط بقاء السبب لدوام العقد ، فقد ورد فى المجلة انه لو حدث عذر مانع لاجراء موجب العقد تنفسخ الاجارة . مثلا لو استؤجر طباخ للعرس ، ومات احد الزوجين تنفسخ الاجارة . وكذلك تنفسخ الاجارة بوفاة الصبى أو الظئر ، ولا تنفسخ بوفاة المسترضع : م ٤٣٣ (النظرية العامة للموجبات والعقود ٢ ص ٩٦ ــ أنظر أيضا فى شرط استمرار السبب قائما لبقاء العقد الاستاذ محمد يوسف موسى فى الاموال ونظرية العقد فى الفقه الاسلامى ص ٣٩٣) .

يكفى فى علم الطرف الآخر بالسبب أن تكون الظروف بحيث ينبغى أن يعلم :

ويعتد المذهب الحنبلى بالباعث، لو لم يذكر فى العقد، كما قدمنا. وليس من الضرورى أن يعلم الطرف الآخر به، بل يكفى أن تكون الظروف بحيث ينبغى أن يعلم به، وأكثر ما يكون ذلك فى التبرعات. فاذا أهدى المقترض للمقرض شيئا قبل الأداء، حمل ذلك على الربا. وينبغى أن يعلم المقرض بذلك الباعث حتى لو لم يكن يعلم به فعلا، فلا تجوز الهدية وإذا أهدى المشركون لأمير الجيش هدية، حمل ذلك على الرشوة لو اختص بها، وينبغى أن يعلم ذلك، فلا يختص بها ولكن هى غنيمة أو فىء. وكذلك الهدايا التى تهدى للعمال، فأنها تحمل على الرشوة، وإذا وهبت امرأة لزوجها صداقها، فينبغى أن يعلم الزوج أن الباعث على الهبة هو استدامة الزواج، فإن طلقها بعد ذلك فقد اختل الباعث، ولها الرجوع فيما وهبت.

وقد جاء فى القواعد لابن رجب (ص ٣٢١— ص ٣٢٢) فى هذا المعنى ما يأتى: «تعتبر الأسباب فى عقود التمليكات كما تعتبر فى الايمان، ويتخرج على هذا مسائل متعددة: (منها) مسائل العينة. (ومنها) هدية المقترض قبل الأداء، فأنه لايجوز قبولها ممن لم يجر له منه عادة. (ومنها) هدية المشركين لأمير الجيش، فأنه لايختص بها على المذهب، بل هى غنيمة أو فىء على إختلاف الأصحاب. (ومنها) هدايا العمال، قال أحمد فى رواية أبى طالب فى الهدايا التى تهدى للأمير فيعطى منها الرجل، قال هذا الغلول، ومنع الأصحاب من قبول القاضى هدية من لم تجر العادة بهديته له قبل ولايته. (ومنها) هبة المرأة زوجها صداقها إذا سألها ذلك، فإن سببها طلب استدامة النكاح، فإن طلقها فلها الرجوع فيها، نص عليه أحمد فى رواية عبد الله. (ومنها) الهدية لمن يشفع له بشفاعة عند السلطان ونحوه، فلا يجوز، ذكره القاضى وأومأ إليه لأنها كالأجرة، والشفاعة من المصالح العامة فلا يجوز أخذ الأجرة

عليها ، وفيه حديث فى السنن . ونص أحمد فى رواية صالح فيمن عنده وديعة فأداها ، فأهديت إليه هدية ، أنه لايقبلها إلا بنية المكافأة . وحكم الهدية عند أداء سائر الأمانات حكم الوديعة . (ومنها) مانص عليه أحمد فى رواية ابن ماهان فيمن اشترى لحما ثم استزاد البائع فزاده ، ثم رد اللحم بعيب ، فالزيادة لصاحب اللحم ، لأنها أخذت بسبب اللحم ، فجعلها تابعة للعقد فى الرد لأنها مأخوذة بسببه وإن كانت غير لاحقة به . وتأولها القاضى على أنها إن كانت مأخوذة فى المجلس فلحقت بالعقد ، وخرج ابن عقيل منها رواية بلحوق الزيادة بعد لزوم العقد والحاجة إلى ذلك . (ومنها) ماحكاه الأثرم عن أحمد فى المولى يتزوج العربية يفرق بينهما ، فإن كان دفع إليها بعض المهر ولم يدخل بها يردده ، وإن كان أهدى هدية يردد منها عليه ، قال القاضى فى الجامع لأن هذه الحالة تدل على أنه وهب لها بشرط بقاء العقد ، فإذا زال ملك الرجوع فيها ، كالهبة بشرط الثواب انتهى . وهذا فى الفرق القهرية لفقد الكفاءة ونحوها ظاهر ، وكذلك الفرقة الاختيارية المقسطة للمهر ، فأما الفسخ المقرر للمهر أو نصفه فتثبت معه الهدية . فأما إن كانت العطية لغير المتعاقدين لسبب العقد ، كأجرة الدلال ونحوها ، ففى النظريات لابن عقيل أن فسخ البيع بأقالة أو نحوها لم يقف على التراضى فلا يرد الأجرة ، وإن فسخ بخيار أو عيب ردت لأن البيع وقع متردداً بين اللزوم وعدمه ، وقياسه فى النكاح أنه إن فسخ لفقد الكفاءة أو العيب ردت ، وإن فسخ لردة أو رضاع أو مخالعة لم ترد » .

مذاهب أخرى غير مذاهب أهل السنة :

وتقرب المذاهب الأخرى غير مذاهب أهل السنة — الزيدية والجعفرية والظاهرية — فى نظرية السبب من المذهب الحنبلى .

ففى مذهب الزيدية ، جاء فى المنتزع المختار (جزء ٣ ص ١٩ — ص ٢٠) « يحترز مما منفعته غير حلال ، نحو المزامير والأدفاف والدراريج وما أشبهها ،

فهذه لاتوضع فى العادة إلا لفعل محرم شرعاً ، فلا يجوز بيعها . ولو بيع ذو النفع الحلال إلى مستعمله فى معصية ، فذلك جائز إن لم يقصد بيعه للمعصية، وذلك نحو أن يبيع العنب إلى من يتخذه خمراً ، والخشب إلى من يصنعها مزامير ، وما أشبه ذلك ، لكن ذلك مكروه . قوله غالباً احتراز من بيع السلاح والكراع ، فأنه لايجوز بيعه إلى من يستعمله فى حرب المسلمين من كافر أو باغ أو نحوهما كالأكراد ، إلا أن يبيعه بأفضل منه . وحاصل الكلام فى ذلك أن شراء السلاح والكراع والعبيد من الكفار ونحوهم جائز ، وكذلك إذا عوض بأدنى منه . وأما بيع ذلك منهم ، فإن كان لامضرة على المسلمين جاز أيضاً ، وإن كان ثم مضرة فظاهر قول الهادى والوالى أنه لايجوز البيع إليهم لأنهم يستعملونه فى معصية . . . أنه إن قصد نفع نفسه صح البيع وجاز له ذلك ولكن يكره ، وإن قصد نفعهم عصى بلا خلاف . وهل ينعقد البيع أم لا ، قال فى التنوير عن أبى طه أنه ينعقد ، وقيل يكون الخلاف فيه كبيع العبد المسلم من الكافر أو بيع الشيء إلى من يستعمله فى أمر واجب كالمصحف وكتب الحديث ونحو ذلك . فأنه يصح بيعه ويكون البيع متناولا للجلد والكاغد ، ويرد بالغلط الزايد على المعتاد » .

وفى مذهب الجعفرية ، جاء فى مفتاح الكرامة للعاملى (جزء ٤ ص٣٧): « إجارة السفن والمساكن للحرمات ، وبيع العنب ليعمل خمراً ، والخشب ليعمل صنما ، يكره بيعه على من يعمله من غير شروط . وظاهرها أنه لابد أن يكون البيع لأجل ذلك ، أى الغاية محرمة ، سواء شرطها فى متن العقد أو حصل الاتفاق عليها . ويجوز مع فقد الشرط ، فقط يكره بيعها على من يعمله بغير شرط »[1] .

---

(١) ويقول الاستاذ بدور ديب ان الاحكام التى يقررها المذهب الجعفرى فىهذه المسألة تنطوى على كثير من المرونة والتنوع . فاذا اخذنا المثل المأثور الخاص ببيع عصير العنب ، وهو المثل الذى تتلاقى عنده المذاهب المختلفة
=

وفي مذهب الظاهرية ، جاء في المحلى لابن حزم (جزء ٩ ص ٢٩ — ص ٣٠) :
« ولا يحل بيع شيء ممن يوقن أنه يعصي الله به أو فيه وهو مفسوخ أبداً ، كبيع كل شيء ينبذ أو يعصر ممن يوقن أنه يعمله خمراً ، وكبيع الدراهم الرديئة ممن يوقن أنه يدلس بها ، وكبيع الغلمان ممن يوقن أنه يفسق بهم أو يخصيهم ، وكبيع المملوك ممن يوقن أنه يسيء ملكيته ، أو كبيع السلاح أو الخيل ممن يوقن أنه يعدو بها على المسلمين ، أو كبيع الحرير ممن يوقن أنه يلبسه ، وهكذا في كل شيء ، لقول الله تعالى وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الإثم والعدوان . والبيوع التي ذكرنا تعاون ظاهر على الإثم والعدوان بلا تطويل وفسخها تعاون على البر والتقوى . فإن لم يوقن بشيء من ذلك فالبيع صحيح لأنه لم يعن على الإثم ، فإن عصى المشتري الله تعالى بعد ذلك فعليه . ورد من طريق وكيع عن سفيان الثوري عن ابن جرير عن عطاء قال : لا تبعه ممن يجعله خمراً » .

=

ويصلح ان يكون معيارا مشتركا لها جميعا ، نجد ان فقهاء الجعفرية يبداون بالتمييز بين ما اذا كان العصير متخمرا ام لا . فاذا كان متخمرا فالبيع لايجوز ، لان حالة المبيع تنم عما تنطوي عليه الصفقة من مخالفة للشرع . اما اذا لم يكن العصير متخمرا ، وجب التمييز بين ما اذا كانت نية المشترى قد تكشفت او لم تتكشف . فان كانت قد تكشفت ، بان ذكر المشترى صراحة في العقد انه اراد العصير لاتخاذه خمرا ، فلا خلاف في بطلان البيع . اما اذا لم تتكشف نية المشترى ، فهنا ايضا يجب التمييز بين ما اذا كان البائع يجهل مايقصد اليه المشترى او كان يعلم ذلك . فان كان يجهل قصد المشترى فالبيع صحيح . اما اذا كان يعلم هذا القصد ، وجب التمييز مرة اخرى بين ما اذا كان البائع متواطئا مع المشترى في تنفيذ قصده ، او كان لاشأن له في ذلك وانما هو يقوم بشأن مألوف من شئون التجارة . ففي الحالة الاولى ، يكون البيع غير جائز . اما في الحالة الثانية ، فقد اختلف الراى : اذ يرى بعض الفقهاء ان البيع يبقى غير جائز ، ولكن الكثرة يذهبون الى ان البيع يصح ولكنه يكون مكروها . وتسرى هذه الاحكام في الاحوال المماثلة كايجار السفن والمساكن لاغراض غير مشروعة ، وكبيع الخشب لصنعه اصناما » (بحث في نظرية الباعث في المذهب الحنفي ص ٢٣٣ — ص ٢٣٤) .

الفصل الرابع

نظرية البطلان

الفرع الأول

نظرية البطلان فى الفقه الغربى

مهمة البطلان :

بطلان العقد هو الجزاء القانونى الذى يترتب على عدم استجماع العقد لأركانه كامله مستوفية لجميع شروطها . فوجب إذن أن نتكلم فى أمرين .

(١) البطلان بوجه عام .

(٢) أحكام العقود المتسمة بالبطلان [1] .

المبحث الاول

البطلان بوجه عام

مسائل ثلاث :

الأصل فى البطلان أن يعدم العقد ، فالعقد الباطل هو عقد منعدم . ولكن لما كان للعقد أركان مختلفة وشروط متعددة ، فقد تعددت مراتب البطلان تبعاً لهذا التعدد وانقسم بحسب مراتبه . والبطلان فى الفقه الغربى يقارب نظما أخرى يلتبس بها ، فيحسن تمييزه عنها . ولما كان الأصل فى البطلان أن يعدم العقد كما قدمنا ، فأنه ينبغى أن يترتب على ذلك أن العقد الباطل لاينتج أثرا ما ، ومع ذلك فهناك حالات نرى فيها أن العقد المتسم بالبطلان قد ينتج بعض الآثار .

---

(١) ننقل نظرية البطلان فى الفقه الغربي عن مؤلفنا الوسيط الجزء الأول ص ٤٨٦ — ص ٥٣٩ .

فعندنا إذن مسائل ثلاث : (١) تقسيم البطلان بحسب مراتبه (٢) تمييز البطلان عما يقاربه من النظم (٣) الآثار التى قد تترتب على العقد المتسم بالبطلان .

المطلب الأول

تقسيم البطلان بحسب مراتبه

أنواع البطلان

أركان العقد وشروطه :

رأينا فيما قدمناه فى الفصول السابقة أن أركان العقد فى الفقه الغربى ثلاثة : التراضى والمحل والسبب . ورأينا أن لكل من هذه الأركان نوعاً واحداً من الشروط ، فيما عدا ركن التراضى فله شروط انعقاد وشروط صحة .

فالتراضى يشترط لوجوده — أو لانعقاده — أن يكون صادراً عن تمييز ، وأن يكون هناك تطابق تام بين الإيجاب والقبول . وقد يوجد التراضى ، ولكنه ينعقد غير صحيح . ويشترط لصحته أن يكون صادراً عن ذى أهلية ، وأن يكون غير معيب . فإذا صدر التراضى من ناقص الأهلية ، أو كان معيباً بأن كان مشوبا بغلط أو تدليس أو إكراه أو استغلال ، فأن ذلك لا يمنع من وجود التراضى ، ولكنه يكون غير صحيح .

أما شروط المحل — وهى شروط الانعقاد وشروط الصحة فى وقت واحد — فهى أن يكون المحل ممكنا ، معينا أو قابلا للتعيين ، صالحا للتعامل فيه بأن يكون مالا متقوما مشروعا أى غير مخالف للنظام العام والآداب .

وأما السبب فليس له إلا شرط واحد ، هو أن يكون مشروعا أى غير مخالف للنظام العام أو الآداب . وهذا الشرط هو شرط انعقاد وشرط صحة فى وقت واحد .

مراتب البطلان — النظرية التقليدية (التقسيم الثلاثي) :

تقسم النظرية التقليدية البطلان إلى مراتب ثلاث : فهناك بطلان يجعل العقد منعدما ، وبطلان يجعل العقد باطلا بطلانا مطلقاً ، وبطلان يجعل العقد باطلا بطلانا نسبياً .

فالعقد المنعدم هو ما انعدم فيه ركن من الأركان الثلاثة التي لابد من قيامها حتى يتكون العقد : التراضي أو المحل أو السبب . فعقد الهازل منعدم ، وكذلك العقد الصوري ، لانعدام التراضي . والتعاقد على محل غير موجود أصلا منعدم، لانعدام المحل . والتعاقد لسبب لاوجود له منعدم، لانعدام السبب .

والعقد الباطل بطلاناً مطلقاً هو ما قامت فيه الأركان الثلاثة ، ولكن اختل فيه شرط من شروط هذه الأركان غير شروط صحة التراضي . فإذا اختل شرط من شروط وجود التراضي ، بأن صدر العقد من غير مميز ، كصبي غير مميز أو مجنون أو معتوه ، أو لم يكن هناك تطابق تام بين الإيجاب والقبول ، فالعقد باطل بطلاناً مطلقاً . وإذا اختل شرط من شروط المحل ، بأن كان المحل غير ممكن ، أو كان غير معين وغير قابل للتعيين ، أو كان غير صالح للتعامل فيه ، فالعقد يكون هنا أيضاً باطلا بطلاناً مطلقاً ، وإذا اختل شرط السبب ، بأن كان التعاقد قائماً على سبب غير مشروع ، فهنا أخيراً يكون العقد باطلا بطلاناً مطلقاً .

والعقد الباطل بطلاناً نسبياً هو ما اختل فيه شرط من شروط صحة التراضي . فإذا صدر العقد من ناقص الأهلية ، كان باطلا بطلاناً نسبياً أي باطلا من جهة واحدة هي جهة ناقص الأهلية إذ البطلان قد تقرر لمصلحته . وإذا كان رضاء أحد العاقدين مشوباً بعيب ، بأن وقع هذا العاقد في غلط أو دلس عليه أو كان مكرها أو كان ضحية استغلال ، كان العقد باطلا بطلاناً نسبياً على تفصيل فيما يتعلق بالاستغلال ، أي أن العقد يكون باطلا من جهة واحدة هي جهة من كان رضاؤه معيباً إذ البطلان قد تقرر لمصلحته .

انتقاد النظرية التقليدية — التقسيم الثنائى والبطلان المتدرج :

وكثرة الفقهاء تنعى على النظرية التقليدية تفريقها بين العقد المنعدم والعقد الباطل بطلاناً مطلقاً ، إذ أن هذا التفريق يصطدم مع المنطق ثم أنه لا فائدة فيه . أما أنه يصطدم مع المنطق ، فلأن العقد الباطل بطلاناً مطلقاً ليس له وجود قانونى ، فهو فى الانعدام يستوى والعقد المنعدم ، ولا يمكن أن يقال إن العقد المنعدم أشد انعداماً من العقـــد الباطل بطلانا مطلقاً إذ لا تفاوت فى العدم . وأما أن التفريق بين هذين النوعين من البطلان غير ذى فائدة ، فلأن أحكام العقد الباطل بطلاناً مطلقاً هى عين أحكام العقد المنعدم : كلا العقدين لا ينتج أثراً ، ولا تلحقه الأجازة ، ولا يرد عليه التقادم . والواقع من الأمر أن التفريق بين الانعدام والبطلان المطلق خلقه الفقه الفرنسى فى مناسبة عقد الزواج ، إذ بدأ هذا الفقه بتقرير قاعدة أساسية هى ألا بطلان فى عقد الزواج دون نص تشريعى يستند إليه هذا البطلان ، وذلك صيانة لهذا العقـــد الخطير من الإضطراب والزعزع . فما لبثت حالات بطلان أن قامت فى عقد الزواج ، وهى حالات لاشك فيها ولكن لم يرد فى شأنها نص تشريعى ، كما إذا كان الزوجان من جنس واحد وكما إذا تولى العقد من ليست له صفة رسمية فى توليه . فخلق الفقه الفرنسى نظرية انعدام العقد لتغطية هذه الحالات ، فإذا كان عقد الزواج واضح البطلان ولكن لا يوجد نص تشريعى يستند إليه هذا البطلان ، قيل أن العقد منعدم وليس باطلا فحسب . وكان الأولى عدم التقيد بالقاعدة الضيقة التى تقضى بأن البطلان فى عقد الزواج لا يكون بغير نص تشريعى ، أو فى القليل قصر هذه القاعدة على عقد الزواج فأن طبيعته تغاير طبيعة العقود التى تدخل فى دائرة المعاملات المالية . فإذا سلمنا أن التفريق بين الانعدام والبطلان المطلق لا أساس له ، خلص لنا ، بدلا من التقسيم الثلاثى للبطلان وهو التقسيم الذى تقول به النظرية التقليدية ، تقسيم ثنائى يندرج فيه الانعدام فى البطلان المطلق ، فيكون العقد المتسم بالبطلان إما باطلاً بطلاناً مطلقاً أو باطلا بطلانا نسبياً .

وهناك من الفقهاء من يذهب ، على النقيض مما تقدم ، إلى مهاجمة النظرية التقليدية ، لا من جهة أن التقسيم الثلاثى غير ضرورى ويكفى أن يحل محله تقسيم ثنائى ، بل من جهة أن هذا التقسيم الثلاثى غير كاف فهو تقسيم ضيق جامد لا يتسع لمختلف الحاجات ، وينبغى أن تكون مراتب البطلان متدرجة فى غير حصر دون قصرها على مراتب ثلاث . وأصحاب هذا الرأى يقولون أن القانون عين شروطا للعقد حتى ينتج آثاراً معينة ، وكل شرط من هذه الشروط يتطلبه القانون للوفاء بغرض معين ، فإذا اختل شرط كان العقد باطلا فى الناحية التى تقابل هذا الشرط . فتتعدد وجوه البطلان ، وتتنوع مراتبه فى غير حصر ، تبعاً للأغراض التى توخاها القانون . ومهما قيل فى مرونة هذا الرأى ، وفى أنه يفسر استعصاء بعض مسائل البطلان على الخضوع للقواعد التقليدية — كما فى إجازة الواهب أو ورثته لهبة لم يتوافر فيها شرط الشكل ، وكما فى شذوذ بيع ملك الغير وإمكان إجازته بإقرار المالك وهو أجنبى عن العقد ، وكما فى بطلان عقد الشركة الذى لم يستوف الشكل مع عدم جواز أن يحتج الشركاء بهذا البطلان على الغير — إلا أن هذه الحالات الخاصة لها ما يفسرها تفسيراً ملائماً ، وهى لا تسوغ نقض القواعد الثابتة المستقرة فى البطلان لتحل محلها قواعد تجعل البطلان مائعا ليست له مراتب محصورة ، فيتزعزع استقرار التعامل .

رد البطلان إلى مرتبة واحدة :

وإذا كان لابد من تقسيم البطلان إلى مراتب متدرجة ، فالوقوف عند التقسيم الثلاثى الذى تقول به النظرية التقليدية خير من تشتت قواعد البطلان فى غير ثبات ولا استقرار . وخير من التقسيم الثلاثى التقسيم الثنائى إلى عقد باطل بطلانا مطلقا وعقد باطل بطلانا نسبيا ، لما قدمناه من عيب التفريق بين العقد المنعدم والعقد الباطل بطلانا مطلقا .

بل خير من التقسيم الثلاثى والتقسيم الثنائى معا — من ناحية المنطق المجرد

وبصرف النظر عن مقتضيات الصياغة القانونية — جعل البطلان جميعه مرتبة واحدة لا تفاوت فيها ، هى مرتبة البطلان المطلق . ذلك بأن العقد الباطل بطلاناً نسبيا يمر ، كما سنرى ، على مرحلتين : (المرحلة الأولى) قبل أن يتعين مصيره بالإجازة أو بالأبطال ، ويكون له فى هذه المرحلة وجود قانونى كامل ، فينتج كل الآثار القانونية التى كانت تترتب عليه لو نشأ صحيحاً . (والمرحلة الثانية) يلتى فيها العقد أحد المصيرين : (١) فاما أن تلحقه الأجازة أو يتم فى شأنه التقادم ، فيزول البطلان ويستمر العقد صحيحا منشئا لجميع آثاره، فلا يعود هناك فرق بينه وبين العقد الصحيح . (٢) وإما أن يتقرر بطلانه ، فينعدم وجوده القانونى انعداما تاما وتزول جميع الآثار القانونية التى أنشأها ويكون لهذا كله أثر رجعى ، فلايعود هناك فرق بينه وبين العقد الباطل بطلانا مطلقاً . فالعقد الباطل بطلانا نسبيا ، كما نرى ، لا يعدو فى مآله أن يكون عقداً صحيحا إذا لحقته الأجازة أو ورد عليه التقادم ، أو عقداً باطلا بطلانا مطلقاً إذا تقرر بطلانه . فهو إما عقد صحيح على الدوام ، وإما عقد باطل بطلانا مطلقاً منذ البداية . والواقع من الأمر أن البطلان النسبي ليس شيئا مستقلا يقوم إلى جانب البطلان المطلق، وما هو إلا تعبير مناسب عن حالة عقد يمر على المرحلتين المتقدم ذكرهما ، فيؤول أمره فى النهاية إلى الصحة التامة أو إلى البطلان المطلق . ومن ثم ليس هناك إلا نوع واحد من البطلان هو البطلان المطلق ، يندمج فيه البطلان النسبى ، كما اندمج فيه الانعدام .

وقد سبق أن كتبنا فى مؤلفنا « نظرية العقد » (ص٦١٨ هامش رقم ١) فى هذا الصدد ما يأتى : « لا توجد هناك ثلاث أحوال للعقد مستقلة بعضها عن البعض الآخر : الصحة والبطلان النسبي والبطلان المطلق . بل لا توجد إلا حالتان : الصحة والبطلان المطلق . والعقد الباطل بطلانا نسبيا هو عقد قد يمر على هاتين الحالتين واحدة بعد الأخرى ، فهو متميز عن العقد الصحيح الذى لا يمر إلا على حالة الصحة ، ومتميز عن العقد الباطل بطلانا مطلقا الذى لا يمر إلا على حالة البطلان . ولكن إذا كان العقد الباطل بطلانا نسبيا متميزاً

على هذا النحو ، فالبطلان النسبي نفسه ليس حالة قائمة بذاتها بين الصحة والبطلان المطلق » .

تأصيل البطلان — الرجوع إلى التقسيم الثنائي :

على أن رد أنواع البطلان كلها إلى البطلان المطلق إذا كان يرضى المنطق القانوني ، فهو لا ييسر الصياغة الفنية لنظرية البطلان وما تواجهه من حالات متغايرة تقتضى شيئا من التنوع . والأولى من ناحية الصياغة الفنية الرجوع إلى التقسيم الثنائي ، فيكون العقد باطلا بطلانا مطلقا أو باطلا بطلانا نسبيا ، أو كما يقول التقنين المدنى المصرى الجديد يكون العقد باطلا أو قابلا للإبطال . ونقف عند هذا التقسيم الثنائي ، على أن نتولى تأصيله :

فالبطلان إما أن يرجع إلى اعتبارات شكلية أو إلى اعتبارات موضوعية .

فإذا كان البطلان يرجع إلى اعتبارات شكلية ، كان العقد الشكلى الذى لا يقوم فيه ركن الشكل باطلا ، ولكن بالقدر الذى تخلف فيه الغرض الذى يرمى إليه القانون من وراء الشكل . ذلك أن الشكل إنما هو من صنع القانون ، فالقانون هو الذى يعين له الجزاء الكافى فى حالة الاخلال به . فقد يجعل العقد الذى لم يستوف الشكل المطلوب باطلا لا تلحقه الاجازة ، وقد يسمح باجازته كما فى الهبة الباطلة شكلا (م ٤٨٩ مدنى) وكما فى الشركة التى لم تستوف الشكل المطلوب (م ٥٠٧ مدنى) . وقد يجعل الشكل من المرونة بحيث يقبل أن يستكمل وأن يحتج به فى فرض دون فرض ، كما فى شركات التضامن والتوصية . فالشكل كما قدمنا من خلق القانون ، صنعه على عينه ، ويقده على القالب الذى يختاره . ونحن فى هذه الدائرة وحدها — دائرة البطلان لعدم استيفاء الشكل المطلوب — نتمشى مع القائلين بتنوع مراتب البطلان فى غير حصر .

أما إذا رجع البطلان إلى إعتبارات موضوعية ، فهنا ينعدم التحكم ، ويجب التأصيل عن طريق تحليل عناصر العقد .

وقبل ذلك نقول إن البطلان الموضوعى قد يرجع هو أيضا إلى نص فى القانون لحكمة يتوخاها المشرع ، كما فى بطلان بيع ملك الغير (م ٤٤٦ مدنى) وفى بطلان تصرف السفيه الصادر قبل تسجيل قرار الحجر (م ١١٥ مدنى) . وهذا النوع من البطلان هو بطلان خاص ، يتبع فى شأنه النص الذى يسرى عليه . ولكن البطلان الذى يخضع للقواعد العامة يرجع أكثر مايرجع إلى اعتبارات موضوعية ، نتولى الآن تقعيدها .

ذلك بأن للعقد كما قدمنا أركانا ثلاثة ، هى التراضى والمحل والسبب ، ولكل ركن شروط يجب أن تستوفى . فإذا انعدم أى ركن من هذه الأركان ، فإن العقد لايقوم طبيعة ، ونعبر عن ذلك بأن العقد باطل . ومثل انعدام الركن اختلال شرطه . فالتراضى يشترط فى انعقاده — وندع الآن شروط صحته — التمييز ومطابقة القبول للإيجاب ، والمحل يشترط فيه الامكان والتعيين والمشروعية ، والسبب تشترط فيه المشروعية . فشرطا التمييز ومطابقة القبول للإيجاب فى التراضى ، وشرطا الامكان والتعيين فى المحل ، هى شروط طبيعية لايتصور أن يقوم العقد بدونها . وشرط المشروعية فى كل من المحل والسبب ، إذا لم يكن شرطا طبيعيا ، فهو شرط يفرضه القانون لحماية المجتمع . فإذا اختل شرط من هذه الشروط ، فإن العقد لايقوم ، ويكون باطلا . والبطلان هنا إما بطلان تقتضيه طبيعة الأشياء فيتحتم النزول على مقتضاها ، وإما بطلان يمليه القانون حماية لمصلحة عامة . فالعقد الباطل إذن هو عقد منعدم طبيعة أو شرعا ، فلا ينتج أثراً ، ويجوز لكل ذى مصلحة أن يتمسك ببطلانه ، وللمحكمة أن تقضى بالبطلان من تلقاء نفسها ، ولا تصح أجازته ، ولا يرد عليه التقادم .

بقيت شروط الصحة فى ركن التراضى . وقد قدمنا أن التراضى يكون موجوداً مستوفياً لشروطه حتى لو صدر من ناقص الأهلية ، وحتى لو شاب الرضاء عيب من غلط أو تدليس أو إكراه أو استغلال . وفى هذه الأحوال يكون الرضاء قائماً موجوداً ، ولكنه يكون معيباً غير صحيح . فالأهلية

وخلو الرضاء من العيوب هما شرطا الصحة فى ركن التراضى . فإذا اختل شرط منهما ، فإن هذا لا يمنع من أن العقد ينعقد مادام قد استوفى أركانه وما دامت الأركان قد توافرت فيها الشروط الواجبة . ومتى انعقد العقد ، ترتبت عليه آثاره للحال . ولكن يبقى أن العاقد ناقص الأهلية ، أو العاقد الذى شاب رضاءه عيب ، يكون من حقه أن يحميه القانون إذا هو طلب هذه الحماية . فله وحده أن يطلب إبطال العقد كما له أن يجيزه ، وقبل طلب الأبطال أو الإجازة ينفذ العقد وتترتب عليه جميع آثاره ، وإذا ظل العاقد ساكتاً مدة معينة سقط حقه بالتقادم فى طلب إبطال العقد ، واستمر العقد فى إنتاج آثاره كما لو كان عقداً صحيحاً منذ البداية . ذلك بأن حق العاقد فى إبطال العقد هنا إنما قرره القانون لا لحماية مصلحة عامة ، بل لحماية مصلحة العاقد الخاصة ، يعالج به ما اعتور تمييزه من نقص أو ما شاب رضاءه من عيب . فعلى العاقد أن يتولى بنفسه الانتفاع بما بسطه القانون من الحماية ، فإذا هو لم يفعل ، فهذا دليل على أنه لم يضار بالعقد أو أنه قد نزل عن حقه الخاص ، وفى الحالتين لا يكون فى حاجة إلى حماية القانون .

ويخلص لنا من تأصيل البطلان على هذا النحو أن التقسيم الثنائى للبطلان هو التقسيم الذى يجب أن نقف عنده ، فيكون العقد المتسم بالبطلان إما عقداً باطلا وإما عقداً قابلا للإبطال .

المطلب الثانى

تمييز البطلان عما يقاربه من النظم

النظم القانونية المقاربة للبطلان :

ونظام البطلان يقاربه فى القانون نظم أخرى نذكر منها أربعة :

(١) جواز الرجوع فى العقد بإرادة أحد العاقدين ، فيسقط العقد بهذا الرجوع من جانب واحد ، وهذا ما يعرف فى الفقه الإسلامى بالعقد غير اللازم.

(٢) عدم سريان العقد فى حق الغير ، فينتج العقد آثاره فيما بين العاقدين ، ولكنه يكون موقوف الأثر بالنسبة إلى الغير ، فإذا ما أقره الغير نفذ فى حقه . وهذا يقابل فى حدود معينة العقد الموقوف فى الفقه الإسلامى .

(٣) فسخ العقد أو انفساخه ، فيتولى القضاء إسقاط العقد ، أو يسقط بحكم الاتفاق أو القانون ، بالرغم من نشوئه صحيحا منذ البداية . وأقرب مثل يقابل ذلك فى الفقـــه الإسلامى هو العقد عند ما يفسخ أو ينفسخ بخيار العيب .

(٤) الشرط الفاسخ والشرط الواقف ، ويترتب على الشرط الفاسخ تعليق فسخ العقد على تحقق الشرط ، كما يترتب على الشرط الواقف تعليق نفاذ العقد على تحقق الشرط . ولعل خيار الرؤية فى الفقه الإسلامى قريب من الشرط الفاسخ ، وخيار الشرط مَثَلُه للشرط الواقف .

وإذا كانت هذه النظم المختلفة تتلاقى مع نظام البطلان فى أن العقد فى كل منها ينحل وتنعدم آثاره ، فإن نظام البطلان يختلف عنها من وجوه مختلفة ، ترجع فى الغالب إلى أن العقد فى نظام البطلان قد نشأ منذ البداية معتلا ، أما العقد فى النظم الأخرى فقد نشأ صحيحا . لذلك يحسن التمييز بينها وبين نظام البطلان ، عن طريق استعراضها فى عجالة سريعة للتعرف على مقوماتها . ونلاحظ منذ الآن أن نظرية البطلان فى الفقه الإسلامى — وهى النظرية التى سنقارنها بنظرية البطلان فى الفقه الغربى — تتسع حتى يندرج تحتها كل هذه النظم .

جواز الرجوع فى العقد بإرادة أحد العاقدين :

قد يزول العقد، قبل أن ينقضى، بانحلاله (dissolution) . وانحلال العقد غير إبطاله (annulation) ، كلاهما زوال للعقد (disparition) ، ولكن الانحلال يرد على عقد نشأ صحيحا ثم ينحل بأثر رجعى أو دون أثر رجعى ، أما الإبطال

فيرد على عقد نشأ غير صحيح ثم يبطل بأثر رجعى فى جميع الأحوال . والعقد ، فى حالة الابطال وفى حالة الانحلال بأثر رجعى ، لا يزول فحسب ، بل يعتبر كان لم يكن .

وينحل العقد قبل انقضائه (extinction)، بل وقبل البدء فى تنفيذه فى بعض الأحيان ، باتفاق الطرفين ، وهذا هو التقايل أو الإقالة (resiliation conventionnelle) .وقد ينحل عن طريق الرجوع فيه بالإرادة المنفردة لأحد العاقدين ، ويسمى هذا إلغاء العقد بإرادة منفردة ، (résiliation unilatérale, révocation) وهذا الإلغاء هو الذى يعنينا هنا .

فقد يجعل القانون لكل من العاقدين الحق فى أن يستقل بإلغاء العقد ، أو يجعل لأحد العاقدين دون الآخر الحق فى هذا الإلغاء ، ولا يكون للإلغاء فى جميع هذه الأحوال أثر رجعى .

ا . مثل العقد الذى يحق لكل من العاقدين أن يستقل بإلغائه : (١) الوكالة والشركة غير محددة المدة والعارية والوديعة ، وفى هذه العقود يجوز لكل العاقدين بمحض إرادته إلغاء العقد قبل انقضائه . (٢) الشركة محددة المدة ، وفى هذا العقد يجوز لكل من العاقدين الخروج منه ولكن بالتقاضى (٣) الإيجار وعقد العمل إذا كانا غير محددى المدة . وفى هذين العقدين يجوز لكل من العاقدين إلغاء العقد ولكن بعد إخطار وانقضاء مدة معينة .

(١) فنى الوكالة يجوز للموكل فى أى وقت أن ينهى الوكالة (م٧١٥ مدنى) ، كما يجوز للوكيل أن ينزل فى أى وقت عن التوكيل (م ٧١٦ مدنى) . وفى الشركة غير محددة المدة يجوز لكل شريك أن ينسحب من الشركة على أن يعلن إرادته فى الانسحاب إلى سائر الشركاء قبل حصوله ، وألا يكون انسحابه عن غش أو فى وقت غير لائق (م ٥٢٩ مدنى) . وفى العارية يجوز للمستعير أن يرد الشىء المعار قبل انقضاء العارية (م ٣/٦٤٣ مدنى) ، كما يجوز للمعير أن يطلب إنهاء العارية قبل انقضائها فى أحوال معينة (م ٦٤٤ مدنى) ، وفى

الوديعة يجب على المودع عنده أن يسلم الشيء إلى المودع بمجرد طلبه إلا إذا ظهر من العقد أن الأجل عين لمصلحة المودع عنده ، وللمودع عنده أن يلزم المودع بتسليم الشيء فى أى وقت إلا إذا ظهر من العقد أن الإجل عين لمصلحة المودع (م ٧٢٢ مدنى)

(٢) وفى الشركة محددة المدة يجوز لأى شريك أن يطلب من القضاء إخراجه منها متى استند فى ذلك إلى أسباب معقولة ، وفى هذه الحالة تنحل الشركة مالم يتفق باقى الشركاء على استمرارها (م ٢/٥٣١ مدنى)، وهنا الالغاء يتم بالتقاضى .

(٣) وفى الإيجار غير محدد المدة يجوز لكل من العاقدين أن ينهى الإيجار بانقضاء فترة من الفترات المعينة لدفع الأجرة ، بعد التنبيه على العاقد الآخر فى مواعيد بينها القانون (م ٥٦٣ / مدنى) ، وهذا الإلغاء يتم بعد إخطار فى مدة معينة وانقضاء فترة من الفترات المعينة لدفع الأجرة . وفى عقد العمل غير محدد المدة يجوز لكل من المتعاقدين أن يضع حدا لعلاقته مع المتعاقد الآخر ، ويجب فى استعمال هذا الحق أن يسبقه إخطار ، وطريقة الإخطار ومدته تبينهما القوانين الخاصة (م ٢/٦٩٤ مدنى) ، وهذا الإلغاء يتم بعد إخطار وانقضاء مدة معينة .

ب — ومثل العقد الذى يحق لأحد العاقدين دون الآخر أن يستقل بإلغائه : (١) المقاولة ، وفيها يجوز لرب العمل أن يلغى العقد قبل انقضائه بمحض إرادته . (٢) الهبة ، وفيها يجوز للواهب الرجوع فى الهبة ولكن بالتراضى أو بالتقاضى . (٣) القرض وعقد الدخل الدائم وعقد التأمين على الحياة ، وفى هذه العقود يجوز لأحد العاقدين دون الآخر إلغاء العقد ولكن بعد إخطار وانقضاء مدة معينة .

(١) فى المقاولة لرب العمل أن يتحلل من العقد ويقف التنفيذ فى أى وقت قبل إتمامه ، على أن يعوض المقاول عن جميع ما أنفقه من المصروفات

وما أنجزه من الأعمال وما كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل (م ١/٦٦٣ مدنى).

(٢) وفى الهبة يجوز للواهب أن يرجع إذا قبل الموهوب له ذلك ، فإذا لم يقبل جاز للواهب أن يطلب من القضاء الترخيص له فى الرجوع متى كان يستند فى ذلك إلى عذر مقبول ولم يوجد مانع من الرجوع (م ٥٠٠ — ٥٠٣ مدنى) ، وهذا الإلغاء يتم بالتراضى أو بالتقاضى .

(٣) وفى القرض إذا اتفق على الفوائد كان للمدين إذا انقضت ستة أشهر على القرض أن يعلن رغبته فى إلغاء العقد ورد ما اقترضه ، على أن يتم الرد فى أجل لايجاوز ستة أشهر من تاريخ هذا الإعلان ، وفى هذه الحالة يلزم المدين بأداء الفوائد المستحقة عن ستة الأشهر التالية للإعلان (م ٥٤٤ مدنى) ، وهذا الإلغاء يتم بعد إعلان وانقضاء مدة معينة مع شروط أخرى . وفى عقد الدخل الدائم يجوز استبدال الدخل فى أى وقت شاء المدين بعد انقضاء سنة على أعلانه الرغبة فى ذلك (م ٥٤٦ مدنى) ، وهنا أيضا يتم الإلغاء بعد إعلان وانقضاء مدة معينة . وفى عقد التأمين على الحياة يجوز للمؤمن له الذى التزم بدفع أقساط دورية أن يتحلل فى أى وقت من العقد بإخطار كتابى يرسله إلى المؤمن قبل انتهاء الفترة الجارية ، وفى هذه الحالة تبرأ ذمته من الأقساط اللاحقة (م ٧٥٩ مدنى) ، ويجوز له أيضا متى كان قد دفع ثلاثة أقساط سنوية على الأقل أن يصفى التأمين بشرط أن يكون الحادث يتم المؤمن منه محقق الوقوع ، هذا مالم يكن التأمين موقتا (م ٧٦٢ مدنى) ، وهنا الإلغاء بعد إخطار كتابى وعند انقضاء فترة من فترات التأمين ، والتصفية لاتكون إلا بعد انقضاء ثلاث سنوات دفعت أقساطها .

عدم سريان العقد فى حق الغير :

قد يكون العقد صحيحا ينتج أثره فيما بين العاقدين ، ولكنه لا يسرى فى حق الغير . مثل ذلك :

(١) البيع فى مرض الموت صحيح بين العاقدين ، ولكن لايسرى فى حق الورثة فيما يجاوز ثلث التركة. ذلك أن الورثة يعتبرون من الغير فى تصرفات مورثهم خلال مرض موته فيما يزيد على ثلث التركة ، فإن أجازوا التصرف نفذ وإلا سقط .

(٢) تصرف المدين المعسر فى ماله إضرارا بحقوق دائنيه صحيح فيما بين العاقدين ، ولكنه لايسرى فى حق الدائنين إذا طعنوا فى هذا التصرف بالدعوى البولصية .

(٣) العقد الحقيقى فى الصورية صحيح فيما بين العاقدين، ولكنه لايسرى فى حق الغير . والغير هنا هم الدائنون والخلف الخاص لكل من العاقدين إذا كانوا يجهلون وجود هذا العقد، ولهم فى هذه الحالة أن يتمسكوا بالعقد الصورى.

(٤) التصرف غير المسجل فى العقار صحيح فيما بين العاقدين ، ولكن لايحتج به على الغير . والغير هنا هو كل من كسب حقا عينيا واجب الشهر على هذا العقار .

(٥) العقد غير ثابت التاريخ حجة فى تاريخه غير الثابت على العاقد ، ولكن هذا التاريخ لايحتج به على الغير . والغير هنا هو الخلف الخاص للعاقد والدائن الحاجز .

بل قد يكون العقد قابلا للإبطال فيما بين العاقدين ، وهو فى الوقت ذاته لايسرى فى حق الغير . مثل ذلك بيع ملك الغير ، فهو قابل للإبطال فيما بين البائع والمشترى لمصلحة المشترى وحده ، ثم هو لايسرى فى حق الغير وهو هنا المالك الحقيقى . وقد يجيز المشترى العقد ، فيزول البطلان ويبقى عدم السريان . وقد يقر المالك الحقيقى العقد ، فيزول البطلان وعدم السريان فى وقت واحد[١] .

---

(١) ويتصل ببيع ملك الغير مجاوزة النائب للحدود المرسومة لنيابته ، فالنائب اذا جاوز حدود النيابة لاتكون له ولاية فى التصرف ، فاذا تصرف

ويتبين مما تقدم : (١) أن الغير فى الأمثلة التى قدمناها ليس له مدلول واحد ، بل يختلف مدلوله فى مثل عنه فى المثل الآخر . (٢) أن عدم سريان العقد فى حق الغير شىء والبطلان شىء آخر ، ولكل منهما نطاقه الخاص . فقد يكون العقد صحيحاً وغير سار فى حق الغير ، كما قد يكون مشوباً بالبطلان وغير سار فى حق الغير فى وقت واحد وقد رأينا ذلك فى بيع ملك الغير . (٣) أن هناك فرقا بين الأجازة (confirmation) والإقرار (ratification) ، فالإجازة تصدر فى العقد القابل للإبطال من العاقد الذى تقرر البطلان لمصلحته فينقلب العقد صحيحاً ، أما الإقرار فيصدر فى العقد غير السارى فى حق الغير من هذا الغير نفسه فيصبح العقد سارياً فى حقه .

فسخ العقد وانفساخه :

الفرق بين البطلان والفسخ أن البطلان يرجع إلى عيب فى ركن من أركان العقد ، أما فى الفسخ فأركان العقد سليمة مستوفية لشروطها ، فينشأ العقد صحيحاً ، ثم لا ينفذ أحد العاقدين التزامه فيفسخ العقد أو ينفسخ بأثر رجعى ، فيستند أثر الفسخ إلى وقت نشوء العقد .

ولذلك لا يكون الفسخ إلا للعقد الملزم للجانبين . ففى كل عقد ملزم للجانبين ، كالبيع والإيجار ، إذا لم يقم أحد العاقدين بتنفيذ التزامه ، فلم يسلم

=

كان فى مركز البائع لملك الغير ، والاصيل هو الغير ، له أن يقر التصرف فينفذ فى حقه ، او لايقره فيسقط . وتعاقد الشخص مع نفسه هومجاوزة لحدود النيابة المرسومة ، فاذا وكل شخص شخصا آخر فى بيع داره ، لم يجز للوكيل ان يشترى الدار لنفسه ، اذ يجاوز بذلك حدود الوكالة ، فالمفروض ان الموكل لم يدخل فى حسابه عند التوكيل ان الوكيل يشترى الدار لنفسه ، ولكن يجوز للغير وهو هنا الموكل أن يقر البيع .

ويلاحظ ان التصرف فى الحالتين المتقدمتين لايمكن اعتباره قابلا للابطال، اذ لم يرد نص فى هذا المعنى كما ورد فى بيع ملك الغير ، والاولى اعتباره تصرفا موقوفا على غرار التصرف الموقوف فى الفقه الاسلامى .

البائع مثلا المبيع أو لم يسلم المؤجر العين المؤجرة ، كان للعاقد الآخر أن يطلب فسخ العقد . فإذا حكم القاضى بالفسخ ، تحلل العاقد الآخر من التزامه : المشترى من دفع الثمن ، والمستأجر من دفع الأجرة . ولابد فى فسخ العقد من صدور حكم به ، فالحكم منشىء للفسخ . ويكون للقاضى سلطة تقديرية فى الحكم بالفسخ ، فقد يرى ألا يحكم به ، وأن يعطى العاقد المتأخر مهلة لتنفيذ التزامه . أما العقد القابل للإبطال فيبطل هو أيضاً بحكم القاضى ، فالحكم منشىء للإبطال . ولكن ليس للقاضى سلطة تقديرية فى إبطال العقد ، بل لابد أن يقضى بالإبطال متى طلب العاقد ذو المصلحة ذلك .

على أن هذه السلطة التقديرية التى يجعلها القانون للقاضى فى فسخ العقد قد تنعدم إذا اتفق العاقدان بشرط فاسخ صريح على أن العقد يعتبر مفسوخاً من تلقاء نفسه إذا لم يقم أحد العاقدين بتنفيذ التزامه ، فعند ذلك يتحتم على القاضى أن يحكم بفسخ الفقد ، ولكن الحكم هنا لايزال منشئا للفسخ .

فإذا لم تكن هناك حاجة إلى الحكم ، بأن وجد فى العقد شرط فاسخ صريح يقضى بأن العقد يعتبر مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم ، فعند ذلك ينفسخ العقد بحكم الاتفاق إذا لم يقم أحد العاقدين بتنفيذ التزامه . وقد يضطر العاقد الآخر إلى الحصول على حكم لتقرير أن العقد قد انفسخ إذا نازع العاقد الأول فى ذلك ، ولكن هذا الحكم لا يكون منشئا للفسخ بل يكون كاشفا عنه .

وينفسخ العقد أيضا من تلقاء نفسه وبحكم القانون إذا أصبح تنفيذ التزام أحد العاقدين مستحيلا بسبب أجنبى ، فعند ذلك يسقط هذا الالتزام لاستحالة تنفيذه ، ويسقط الالتزام المقابل لارتباطه بالالتزام الأول ، فينحل العقد من هذا الطريق ، ويعتبر منفسخا دون حاجة إلى حكم إلا للكشف عن أن العقد قد انفسخ ، لا لإنشاء هذا الفسخ .

الشرط الفاسخ والشرط الواقف :

الشرط الفاسخ هو أمر مستقبل غير محقق الوقوع ، يتوقف على وقوعه زوال الالتزام . فإذا وهب شخص داراً لأرملة إبنه لتسكن فيها مع أولادها ، وعلق الهبة على شرط فاسخ مشترطا أن تنفسخ الهبة إذا هي تزوجت ، قاصداً بذلك أن يحملها على عدم الزواج حتى تتفرغ لتربية أولادها ، فهنا الهبة صحيحة ، ولكنها تزول بأثر رجعي إذا تحقق الشرط الفاسخ وتزوجت الموهوب لها . وقد زالت الهبة بأثر رجعي ، لا لأنها باطلة أو قابلة للإبطال ، بل لأنها علقت على شرط فاسخ وقد تحقق الشرط .

والشرط الواقف هو أمر مستقبل غير محقق الوقوع ، يتوقف على وقوعه نفاذ الالتزام . فإذا باع شخص سلعة لشخص آخر ، وعلق المشترى البيع على شرط واقف هو أن يجرب السلعة فيرضاها ، فهنا البيع صحيح ويسمى بيعاً بشرط التجربة ، ولكنه يزول بأثر رجعي إذا لم يتحقق الشرط الواقف وجرب المشترى السلعة فلم يرضها . وقد زال البيع بأثر رجعي ، لا لأنه باطل أو قابل للإبطال ، بل لأنه علق على شرط واقف ولم يتحقق الشرط .

وقد يكون شرط التجربة فى السلعة شرطاً فاسخا إذا قصد العاقدان إلى ذلك ، فيكون الاتفاق بينهما على أن البيع ينفذ فى الحال على أن يفسخ إذا لم يرتض المشترى السلعة بعد تجربتها فى مدة معينة .

وقد نصت المادة ٢/٤٢١ من التقنين المدنى المصرى على بيع التجربة فى حالتى الشرط الواقف والشرط الفاسخ على النحو الآتى : « ويعتبر البيع بشرط التجربة معلقا على شرط واقف هو قبول المبيع ، إلا إذا تبين من الاتفاق أو الظروف أن البيع معلق على شرط فاسخ » .

المطلب الثالث

الآثار التى قد تترتب على العقد المتسم بالبطلان

الآثار العرضية والآثار الأصلية :

العقد الباطل ليس تصرفا قانونيا ، إذ هو كعقد لا وجود له ، ولكنه يوجد كواقعة مادية . وهو بهذه المثابة قد ينتج أثراً قانونياً ، ليس هو الأثر الأصلى الذى يترتب على العقد باعتباره تصرفا قانونيا ، بل هو أثر عرضى يترتب على العقد باعتباره واقعة مادية .

على أن العقد الباطل قد ينتج فى حالات استثنائية أثره الأصلى باعتباره تصرفا قانونيا ، وهذا شذوذ تقتضيه تارة ضرورة استقرار التعامل ، وطوراً وجوب حماية حسن النية .

والعقد القابل للإبطال إذا تقرر بطلانه انعدم منذ البداية ، وصار هو والعقد الباطل بمنزلة سواء . فإذا قلنا العقد الباطل فيما نحن بصدده ، كان المقصود أن يدخل فى مضمونه العقد القابل للإبطال بعد أن يتقرر بطلانه .

ونتناول على التعاقب الآثار العرضية والآثار الأصلية للعقد الباطل .

§ ١ — الآثار العرضية للعقد الباطل

استعراض بعض الآثار العرضية :

قد ينتج العقد الباطل آثاراً باعتباره واقعة مادية كما قدمنا . من ذلك الزواج غير الصحيح ، فهو فى الشريعة الإسلامية لاينتج آثاره الأصلية كحل التمتع ووجوب النفقة والتوارث بين الزوجين ، ولكنه ينتج آثاراً عرضية باعتباره واقعة مادية كوجوب العدة ووجوب المهر بعد الدخول وثبوت

النسب وسقوط الحد . فالعدة واجبة بعد الدخول ، والبنوة ثابتة بطبيعة الأشياء ، والمهر واجب بمثابة تعويض ، وسقوط الحد للشبهة لا لقيام الزوجية . وكل هذه النتائج قد ترتبت على الدخول المقترن بزواج غير صحيح ، لا على عقد الزواج ، فتكون قد ترتبت على واقعة مادية لا على تصرف قانونى.

وهناك من الإجراءات ما يكون باطلا ، ولكنه ينتج بعض الآثار . من ذلك صحيفة الدعوى المرفوعة أمام محكمة غير مختصة ، فهى باطلة ومع ذلك تقطع التقادم (م ٣٨٣ مدنى) . ومن ذلك أيضا العطاء اللاحق فى المزايدة يسقط العطاء السابق ، حتى لو كان العطاء اللاحق باطلا (م ٩٩ مدنى) .

ومن أهم الآثار التى ينتجها العقد الباطل أثران يستخلصان من نظريتين معروفتين ، إحداهما نظرية انتقاص العقد والأخرى نظرية تحول العقد .

انتقاص العقد :

تنص المادة ١٤٣ من التقنين المدنى المصرى على أنه « إذا كان العقد فى شق منه باطلا أو قابلا للإبطال ، فهذا الشق وحده هو الذى يبطل ، إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذى وقع باطلا أو قابلا للإبطال ، فيبطل العقد كله » .

ومن ذلك نرى أنه يجب أن يكون هناك عقد باطل فى أحد أجزائه دون الأجزاء الأخرى ، لأنه لو كان باطلا فى جميع أجزائه لما كان هناك وجه لانتقاصه ، فإن أى جزء منه يبقى بعد الانتقاص يكون باطلا ، وإنما قد يكون هناك محل لتحوله إلى عقد آخر صحيح كما سنرى . ومن ذلك أيضا نرى أن العقد المنتقص ينتج أثراً أصليا لا أثراً عرضيا ، وينتجه باعتباره تصرفا قانونيا لا باعتباره واقعة مادية ، وإنما ذكرناه هنا لأنه لا ينتج أثراً أصليا كاملا ، بل أثراً أصليا منتقصا .

مثل انتقاص العقد قسمة أعيان بعضها موقوف وبعضها مملوك . فتقع

القسمة فيما يتعلق بالموقوف باطله ، وتبقى صحيحة فيما يتعلق بالمملوك ، وهذا مالم يثبت من يطعن فى القسمة كلها أنهاما كانت لتتم فى المملوك دون الموقوف.

ويتبين من ذلك أن القاعدة التى تقضى بأن وجود شرط باطل فى وصية يبطل الوصية كلها إذا كان هو الدافع إلى التصرف ، أو يبطل وحده إذا لم يكن هو الدافع ، تدخل فى نطاق قاعدة انتقاص العقد . ذلك أنه إذا كان الشرط الباطل هو الدافع ، فإن التصرف وشرطه يكونان غير قابلين للتجزئة ، ويسقط التصرف كله ولا يجوز انتقاصه . أما إذا كان الشرط الباطل ليس هو الدافع إلى التصرف ، فإن التصرف يكون قابلا للتجزئة فيجوز انتقاصه .

ويدخل فى نطاق هذه القاعدة أيضاً ما يشترط فيه القانون أن يقف عند رقم محدود على أن ينتقص مايزيد على هذا الرقم ، كالاتفاق على البقاء فى الشيوع إذا كانت مدته أكثر من خمس سنوات فتنتقص المدة إلى خمس (م ٨٣٤ مدنى) ، وكعقد قرض بفوائد تزيد على ٧ ٪ فتنتقص الفوائد إلى ٧ ٪ (م ٢٢٧ مدنى) .

فى مثل هذه الأحوال ينتقص العقد ما دام قابلا للتجزئة . أما إذا كان غير قابل لها ، بأن تبين أن العقد ما كان ليتم بغير شقه الباطل ، فإن العقد يبطل بأكمله .

تحول العقد :

تنص المادة ١٤٤ من التقنين المدنى المصرى على أنه « إذا كان العقد باطلا أو قابلا للإبطال ، وتوافرت فيه أركان عقد آخر ، فإن العقد يكون صحيحاً باعتباره العقد الذى توافرت أركانه ، إذا تبين أن نية المتعاقدين كانت تنصرف إلى إبرام هذا العقد » . وهذا النص يقرر فى عبارة عامة نظرية تحول العقد ، وهى نظرية ألمانية ، صاغها الفقهاء الألمان فى القرن التاسع عشر ، وأخذ بها التقنين المدنى فى نص صريح هو المادة ١٤٠ . وعلى نهج التقنين المدنى الألمانى سار التقنين المدنى المصرى الجديد .

وتتلخص النظرية فى أن التصرف الباطل قد ينطوى رغم بطلانه على عناصر تصرف آخر ، فيتحول التصرف الذى قصد إليه المتعاقدان وهو التصرف الباطل إلى هذا التصرف الآخر . وبذلك يكون التصرف الباطل قد أنتج أثراً قانونياً ، لا كواقعة مادية بل كتصرف قانونى ، ولكنه أنتج أثراً عرضياً لا أثراً أصلياً .

ومن الأمثلة على تحول التصرف الباطل إلى تصرف آخر ما يأتى : (١) كمبيالة لم تستوف الشكل الواجب قانوناً ، فتتحول من كمبيالة باطلة إلى سند دين عادى صحيح ، وقد نصت على هذا الحكم صراحة المادة ١٠٨ من التقنين التجارى . (٢) كمبيالة مسحوبة من قاصر ليس تاجراً أو من ناقص الأهلية ، فتكون باطلة طبقاً للمادة ١١٠ من التقنين التجارى ، وتتحول من كمبيالة باطلة إلى سند دين عادى قابل للإبطال . (٣) شخص يتعهد تعهداً لا رجوع فيه أن يجعل آخر وارثا له ، فيكون التعهد باطلا لأن الشريعة الإسلامية لاتعرف عقد إقامة الوارث (institution d'héritier) ، ولكنه يتحول إلى وصية صحيحة يجوز الرجوع فيها . (٤) عقد بيع فى ورقة رسمية يذكر فيه ثمن يكون تافها إلى حد أنه لا يصلح ثمناً ، فيكون باطلا باعتباره بيعا ، ولكنه يتحول إلى هبة صحيحة استوفت الشكل الرسمى . (٥) تنبيه بالإخلاء أرسله المؤجر للمستأجر بعد الميعاد ، ونفرض أن ميعاد التنبيه هو خمسة عشر يوما قبل انتهاء الشهر ، وإلا امتد الإيجار شهراً فشهراً . فإذا نبه المؤجر ، فى عشرين من شهر مارس مثلا ، على المستأجر بالإخلاء ، فهذا التنبيه باطل باعتباره تنبيها ينهى الإيجار فى آخر شهر مارس ، فيمتد الإيجار إلى آخر شهر ابريل . ويجوز أن يتحول هذا التنبيه الباطل إلى تنبيه صحيح صدر لإنهاء الإيجار فى آخر شهر ابريل ، فيعتبر تنبيها بالإخلاء لم يتأخر صدوره عن خمسة عشر من شهر ابريل . (٦) بيع صدر من البائع فى مرض اعتقد أنه مرض الموت ، ثم شفى من المرض ، فهذا بيع مشوب بغلط دافع فيكون قابلا للإبطال . ثم يموت البائع بعد شفائه من المرض تاركا عقد

البيع كما هو ، فتبطله الورثة على أساس الغلط ، فيصح أن يتحول من بيع باطل إلى وصية صحيحة . (٧) إذا حكم للمشترى بإبطال البيع ، فى بيع ملك الغير ، وكان يجهل أن البيع غير مملوك للبائع ، فله أن يطالب بتعويض ولو كان البائع حسن النية (م ٤٦٨ مدنى) . ويمكن القول هنا أن عقد البيع بعد إبطاله تحول إلى عقد صحيح غير مسمى ، ينشىء التزاما فى ذمة البائع بتعويض المشترى عن عدم انتقال ملكية المبيع إليه [1] .

ويشترط لتحول التصرف الباطل إلى تصرف آخر اجتماع شروط ثلاثة :

أولا — بطلان التصرف الأصلى : فيجب أن يكون التصرف الأصلى إما تصرفا باطلا ، وإما تصرفا قابلا للإبطال وقد أبطل فعلا . ولا يجوز أن يكون تصرفا صحيحا ، ولا تصرفا باطلا فى شق منه صحيحا فى الشق الآخر . فإذا كان تصرفا صحيحا ، لم يجز أن يتحول إلى تصرف آخر كان المتعاقدان يؤثرانه على التصرف الأول ، حتى لو انطوى التصرف الأول على عناصر التصرف الآخر . مثل ذلك عقد رهن حيازة صحيح فى ورقة رسمية ، ويتبين أن كلا من الراهن والمرتهن كان يؤثر أن يكون الرهن رهنا رسميا لا رهن حيازة ، فلا يتحول رهن الحيازة إلى رهن رسمى فى هذه الحالة ، لأن رهن الحيازة وقع صحيحا ولا يتحول إلا التصرف الباطل . كذلك العقد الصحيح المعلق على شرط واقف أو على شرط فاسخ ، إذا تخلف الشرط الواقف أو تحقق الشرط الفاسخ فسقط العقد ، لا يتحول إلى تصرف آخر ، لأن العقد صحيح وأراد المتعاقدان أن يعلقاه على هذا الشرط ولا يريدان إذا سقط العقد بمفعول الشرط أن يتحول إلى عقد آخر . وهذا هو الحكم أيضا فى العقد الذى لا يسرى فى حق الغير إذا كان عقداً صحيحاً ، فلا يجوز أن يتحول إلى

---

(١) انظر فى هذا الموضوع رسالة « على الآلة الكاتبة » فى تحول التصرف القانونى للدكتور أحمد يسرى « جامعة هيدلبرج بألمانيا » — وقارن ص ١٤٤ هامش رقم ٧ من هذه الرسالة .

عقد آخر . وإذا كان التصرف باطلا فى شق منه صحيحا فى الشق الآخر ، وكان التصرف قابلا للانقسام ، لم يكن هناك محل لتحول التصرف ، بل لانتقاصه ، فيزول الجزء الباطل ويبقى الجزء الصحيح . أما إذا كان التصرف غير قابل للانقسام ، فأنه يبطل بأكمله ، وقد سبق بيان ذلك . وقد يكون هناك محل فى هذه الحالة لتحول التصرف الذى أبطل بأكمله إلى تصرف آخر ، كما قد يكون هناك محل ، فى حالة الانتقاص ، لتحول الجزء الباطل وحده إلى تصرف آخر مع استبقاء الجزء الصحيح على النحو الذى قدمناه .

ثانيا — أن ينطوى التصرف الأصلى الباطل على عناصر التصرف الآخر الذى يتحول إليه . فيجب أن يكون هناك تصرف آخر يتحول إليه التصرف الأصلى ، والمغايرة بين التصرف الأصلى والتصرف الآخر ضرورية للتحول. أما مجرد تعديل التكييف القانونى للتصرف مع بقاء التصرف ذاته قائما فليس بتحول ، كما إذا كيفت وصية خطأ على أنها بيع فتعديل التكييف الخاطىء ليس تحولا بل هو تفسير للتكييف الصحيح للتصرف . وإذا كان هناك تصرف آخر ، وجب أن تقوم رابطة بين التصرفين تجعل التصرف الأصلى منطويا فى مجموعه على عناصر التصرف الآخر . ولكن لايشترط أن يتضمن التصرف الأصلى عناصر التصرف الآخر تضمنا فعليا ، فالتنبيه الباطل الذى ذكر فيه أن الإيجار ينتهى فى آخر مارس منطو على أن الإيجار ينتهى فى آخر ابريل وإن كان لايتضمن ذلك فعلا. على أنه لايجوز أن يضاف إلى التصرف الآخر عنصر جديد لاينطوى عليه التصرف الأصلى ، فإذا أضيف عنصر جديد لم يكن هذا تحولا . مثل ذلك شخص باع أرضا من آخر ، وتبين أن الأرض غير مملوكة للبائع ، فلا يتحول العقد إلى بيع يقع على منزل مملوك للبائع ، حتى لو ثبت أن المتعاقدين كانا يقبلان ذلك لو علما أن البائع لايملك الأرض . ومن ثم لايعد تحولا مانصت عليه المادة ١٢٤ مدنى من أنه « ليس لمن وقع فى غلط أن يتمسك به على وجه يتعارض مع مايقضى به حسن النية ،

ويبقى بالأخص ملزما بالعقد الذى قصد إبرامه إذا أظهر الطرف الآخر استعداده لتنفيذ هذا العقد » . وتطبيقا لهذا النص ، يظل الشخص الذى اشترى شيئا وهو يعتقد أنه أثرى مرتبطا بالعقد ، إذا عرض البائع أن يعطيه الشيء الأثرى الذى قصد شراءه . فليس فى هذا تحول بيع شيء غير أثرى إلى بيع شيء أثرى(١)، لأن البيع الثانى أدخل عليه عنصر جديد لم يكن موجودا فى البيع الأول ، وهو الشيء الأثرى بالذات ، فتخلف بذلك شرط من شروط التحول ، وليس هذا تحولا كما قدمنا ، بل هو تصحيح للعقد .

ويحسن فى هذه المناسبة أن نشير إلى وجوب التمييز مابين تصحيح العقد ومراجعته وتحوله وإجازته . فتصحيح العقد يكون بإدخال عنصر جديد عليه ، يؤدى قانونا إلى جعله صحيحا . فعرض البائع على المشترى الشيء الأثرى الذى قصد شراءه فى المثل المتقدم يجعل المشترى مرتبطا بالعقد كما قدمنا وإدخال العنصر الجديد — الشيء الأثرى — على العقد أدى قانونا إلى جعل العقد صحيحا . وفى الاستغلال يجوز فى عقود المعاوضة أن يتوقى الطرف المستغل دعوى الإبطال إذا عرض مايراه القاضى كافيا لرفع الغبن ، فعرض مايكفى لرفع الغبن هو إدخال عنصر جديد فى العقد أدى الى تصحيحه . وفى الغبن يعتبر تصحيحا لبيع العقار المملوك لشخص لا تتوافر فيه الأهلية تكملة الثمن الى أربعة أخماس ثمن المثل اذا كان فى البيع غبن يزيد على الخمس ، ويعتبر تصحيحا لعقد القسمة إكمال نصيب المتقاسم المغبون مانقص من حصته إذا لحقه غبن يزيد على الخمس . وتصحيح العقد غير مراجعة القاضى للعقد . فالتصحيح يكون بحكم القانون ، أما مراجعة العقد فتكون من عمل القاضى . والتصحيح لا يكون الا فى عقد نشأ معيبا منذ البداية ، أما مراجعة العقد فقد تكون فى عقد نشأ معيبا كإنقاص الإلتزام فى الاستغلال وفى عقد الإذعان ،

---

(١) قارن ص ١٤٥ من رسالة الدكتور احمد يسرى فى تحول التصرف القانونى .

وقد تكون فى عقد نشأ صحيحا كاستكمال القاضى للمسائل غير الجوهرية التى لم يتفق عليها المتعاقدان وكإنقاص الإلتزام المرهق فى نظرية الحوادث الطارئة . أما تحول العقد فهو ، كما رأينا استبدال عقد جديد بعقد قديم من غير ادخال أى عنصر جديد . وعدم ادخال أى عنصر جديد هو الذى يميز تحول العقد عن تصحيحه ومراجعته . وأما فى إجازة العقد فنستبقى عناصر العقد القابل للإبطال كما هى ، وفى هذا تتفق الإجازة مع التحول وتختلف عن التصحيح والمراجعة . ويستبقى أيضا العقد المجاز ذاته دون أن يحل محله عقد جديد ، وفى هذا تتفق الإجازة مع التصحيح والمراجعة وتختلف عن التحول . وخلاصة القول أن كلا من التصحيح والمراجعة يستبقى العقد الأصلى ولكن يدخل عليه عناصر جديدة ، والتحول لايدخل عناصر جـديدة ولكن لايستبقى العقد الأصلى ، أما الإجازة فتستبقى العقد الأصلى ولا تدخل عليه عناصر جديدة .

ثالثا — جواز انصراف إرادة المتعاقدين المحتملة إلى التصرف الآخر الذى تحول إليه التصرف الأصلى . وليس معنى ذلك أن المتعاقدين أرادا التصرف الآخر إرادة حقيقية ، وإلا لما كان هذا تحولا ، بل كان إعمالا للإرادة الحقيقية عن طريق تفسيرها (١) . ولا يمكن على كل حال أن يكون المتعاقدان قد أرادا التصرف الآخر إرادة حقيقية ، لأنهما لم يكونا يعلمان ببطلان التصرف الأصلى حتى يريدا تصرفا آخر يحل محله . وإنما هما قد أرادا التصرف الأصلى ، فعليه وحده قد انصبت إرادتهما الحقيقية . ثم نتساءل بعد

---

(١) ويترتب على ذلك أنه لايعتبر تحولا ان تعقب وصية سابقة وصية لاحقة باطلة ، او اى تصرف قانونى آخر باطل فى الشىء الموصى به . ولا يمكن ان يقال ان التصرف الباطل قد تحول الى عدول صحيح عن الوصية . ذلك ان التصرف الباطل التالى للوصية تستخلص منه ارادة ضمنية — ولكنها ارادة حقيقية .. فى العدول عن الوصية السابقة . فليس الامر هنا أمر تحول ، لان التحول لايقوم على ارادة حقيقية كما قدمنا ، بل هو استخلاص لارادة حقيقية ضمنية (أنظر فى هذا المعنى الدكتور أحمد يسرى فى تحول التصرف القانونى ص ١٨٣ — وقارن الوسيط جزء أول فقرة ٣٠٦) .

ذلك : لو كان المتعاقدان وقت أن أبرما التصرف الأصلى علما ببطلانه ، أكان من المحتمل أن يريدا التصرف الآخر ؟ فإن كان هذا محتملا ، وقع التحول . فالتحول إذن يقوم ، لا على إرادة حقيقية ، بل على إرادة مفروضه ، يستخلصها القاضى فيفرضها القانون . يستخلصها القاضى من الغاية العملية التى يريد العاقدان الوصول إليها ، وقد اختارا لها طريقا قانونيا تبين بطلانه . فلو كان هناك طريق قانونى صحيح يؤدى الى الغاية ذاتها كلها أو بعضها ، فمن الممكن أنهما كانا يريدان هذا الطريق القانونى الصحيح لو أنهما كانا يعلمان ببطلان الطريق القانونى الذى سلكاه ، ما دام الطريق الصحيح يؤدى إلى الغاية العملية التى قصداها . فالعبرة إذن بالغاية العملية لا بالوسيلة القانونية ، والتحول يقع فى الحدود التى تتحقق فيها نفس الغاية العملية فى جوهرها عن طريق التصرف الآخر . ذلك أن إنشاء تصرف قانونى ليس فى ذاته هو الغاية العملية للمتعاقدين ، وانما هو وسيلة لتحقيق هذه الغاية . ولكن كيف يتعرف القاضى على هذه الغاية؟ يتعرف عليها من واقع التصرف الأصلى ومن كل الظروف المقارنة له . وما دام التصرف الآخر يحقق ، كليا أو جزئيا ، هذه الغاية العملية ، فإن القانون يفرض أن المتعاقدين قد أرادا هذا التصرف .

وهنا نتساءل مرة أخرى : متى يفرض القانون هذه الإرادة ؟ هناك رأيان : (١) رأى يذهب الى أن مجرد انعدام إرادة عكسية أى إرادة تستبعد التصرف الآخر ، يكفى لفرض هذه الإرادة . (٢) ورأى آخر يذهب إلى أنه لايكفى انعدام الإرادة العكسية ، بل يجب أيضاً أن يقوم من الظروف والقرائن مايتضح معه أن إرادة المتعاقدين المحتملة كانت تنصرف إلى هذا التصرف الآخر . فإذا حصل الدائن من مدينه على كمبيالة باطلة ، وكان عنده قبل ذلك سند عادى يثبت الدين ، فالكمبيالة الباطلة لا تتحول إلى سند عادى ، لأن القرائن دلت هنا على أن غاية الدائن من الحصول على الكمبيالة ليس هو الوصول إلى مجرد دليل يثبت الدين ، بل الحصول على إداة بالذات لها مميزات خاصة هى الكمبيالة . فلو علم المتعاقدان ببطلان الكمبيالة وقت تحريرها ، لما

انصرفت إرادتهما المحتملة إلى السند العادى ، إذ هو موجود عند الدائن من قبل . فلا تتحول الكمبيالة فى هذه الحالة إلى سند عادى ، بالرغم من عدم قيام إرادة عكسية تستبعد السند العادى .

ومن ذلك نرى أن هناك من يكتفى بانعدام الإرادة العكسية(١) ، وهناك من يقول بوجوب الإرادة الاحتمالية (٢) . وهناك رأى ثالث لا يكتفى حتى بالإرادة الاحتمالية ، بل يشترط أن يكون هناك إرادة احتياطية ، فتنصرف إرادة المتعاقدين احتياطياً إلى التصرف الصحيح الذى تحول إليه التصرف الباطل . وهذا الرأى الأخير لايجوز الأخذ به ، لأن معناه أن يتوقع المتعاقدان احتمال بطلان التصرف الأصلى ، فتنصرف إرادتهما احتياطيا إلى التصرف الآخر عند تحقق هذا الاحتمال . فالإرادة الاحتياطية هى ، كما نرى ، إرادة حقيقية ، ويكون المتعاقدان قد أراد تصرفا باطلا فى الأصل ، وأرادا تصرفا صحيحا على سبيل الاحتياط ، فيقوم التصرف على إرادة حقيقية لا على إرادة احتمالية . وقد قدمنا أن التحول لا يمكن أن يقوم على إرادة حقيقية ، وإلا لما كان هذا تحولا ، بل تفسيراً لهذه الإرادة الحقيقية . ومن ثم يجب التمييز تمييزاً دقيقاً بين الإرادة الاحتياطية والإرادة الاحتمالية ، وكثيرا ما يخلط بينهما (٣) . فالتحول لايمكن أن يقوم على إرادة احتياطية ، وإن جاز أن يقوم على إرادة احتمالية .

ومتى توافرت هذه الشروط الثلاثة السالفة الذكر ، وقع التحول منذ البداية ، وانقلب التصرف الأصلى الباطل الى تصرف آخر ينتج آثاره القانونية فى الحال . ويتم التحول بحكم القانون لا بعمل القاضى ، ولا تزيد مهمة

---

(١) انظر الدكتور احمد يسرى فى تحول التصرف القانونى ص ٩١ — ص ٩٢ و ص ١٨٥ — ص ١٨٦ .

(٢) سالى فى الاعلان عن الارادة م ١٤٠ فقرة ١٦ ص ٣١٩ — ص ٣٢٠

(٣) انظر على سبيل المثال رسالة الدكتور احمد يسرى فى تحول التصرف القانونى ص ٩٣ و ص ١٨٤ — ص ١٨٥ .

القاضى فيه على أن يقرر أن شروط التحول قد توافرت وأن التحول قد وقع بحكم القانون . ومن ثم ليس من الضرورى لوقوع التحول الحصول على حكم بذلك ، واذا رفعت دعوى فإنما تكون للكشف عن أن التحول قد وقع ، ويجوز للقاضى أن يحكم بوقوع التحول من تلقاء نفسه دون حاجة الى طلب من الخصوم .

§ ٢ — الآثار الأصلية للعقد الباطل

ما الذى يبرر أن يترتب على العقد الباطل آثاره الأصلية :

قد يرتب القانون فى بعض الحالات على العقد الباطل آثاره الأصلية ، لا باعتباره واقعة مادية ، بل باعتباره تصرفا قانونيا ، فيكون هو والعقد الصحيح فى منزلة واحدة . وفى هذا خروج صريح على القواعد العامة ، يبرره أن هذه الحالات ترجع بوجه عام إلى فكرة احترام الظاهر لاسيما إذا اصطحب بحسن النية . وهذه رعاية واجبة لاستقرار التعامل .

فالظاهر المستقر الذى اطمأنت إليه الناس فى تعاملهم يبقى فى حماية القانون حتى لو خالف الحقيقة ، ويقوم كما لو كان هو الحقيقة ذاتها . هذا الأصل الجوهرى من أصول القانون ، الذى تندرج تحته نظرية الأرادة الظاهرة ونظرية التصرف المجرد ونظرية الصورية فى مختلف تطبيقاتها ، يمتد أيضا ليشمل العقد الباطل فيرتب عليه آثاره الأصلية كما لو كان عقدا صحيحا .

أمثلة من عقود باطلة ترتب آثارها الأصلية :

من ذلك الشركة التجارية التى لم تستوف الإجراءات الواجبة قانونا ، فإنها تقع باطلة ، ومع ذلك فقد قضت المادة ٥٤ من التقنين التجارى بأنه إذا قضى ببطلان الشركة ، فأن تصفيته حقوق الشركاء عن المعاملات التى تمت

قبل طلب البطلان تجرى وفقا لشروط الشركة التى قضى ببطلانها . وهذا الحكم يجعل عقد الشركة الباطل ينتج آثاره الأصلية كما لو كان عقدا صحيحا . ووجه ذلك أن الشركة التى قضى ببطلانها تعتبر فى المدة السابقة على الحكم بالبطلان شركة واقعية ، تنتج الآثار التى تنتجها الشركة الصحيحة ، ويعتبر تعامل الغير مع الشركة صحيحا ، ويجنى الشركاء الربح ويتحملون الخسارة ويقتسمون مال الشركة طبقا للشروط التى اتفقوا عليها فى العقد الباطل .

ومن ذلك مانصت عليه المادة ١٠٣٤ من التقنين المدنى المصرى من أنه « يبقى قائما لمصلحة الدائن المرتهن الرهن الصادر من المالك الذى تقرر أبطال سند ملكيته أوفسخه أوإلغاؤه أو زواله لأى سبب آخر ، إذا كان هذا الدائن حسن النية فى الوقت الذى أبرم فيه الرهن » . ويتبين من هذا النص أن عقد الرهن الصادر من شخص لايملك العقار المرهون — إذ أن سند ملكيته قد أبطل أو فسخ أو ألغى أو زال لأى سبب — يبقى بالرغم من بطلانه مترتبا عليه آثاره الأصلية ، ومن أهمها قيام حق الرهن لمصلحة الدائن المرتهن .

ويتصل بذلك أيضا العقد الصورى ، وهو عقد لاوجود له ، ومع ذلك يعتبر قائما بالنسبة إلى الغير حسن النية إذا تعامل على مقتضاه . وكالعقد الصورى تصرفات الوارث الظاهر ، فإنها تبقى قائمة رعاية لاستقرار التعامل .

المبحث الثانى

أحكام العقود المتسمة بالبطلان

العقد الباطل والعقد القابل للإبطال :

قدمنا أن العقد المتسم بالبطلان إما أن يكون عقدا باطلا أو عقدا قابلا للأبطال ، فنستعرض أحكام كل نوع من هذين النوعين .

المطلب الأول

أحكام العقد الباطل

الاجازة والتقادم وتقرير البطلان :

العقد الباطل لا وجود له إلا من حيث الصورة . أى أنه ليس له إلا وجود فعلى . فليس له وجود قانونى . ولا يملك أحد العاقدين أن يجبر الآخر على تنفيذ عقد باطل . وإذا نفذه العاقد باختياره ، سواء كان يعلم بالبطلان أو لا يعلم، كان له أن يسترد ما سلم تنفيذا للعقد . ولو تسلم المشترى البيع بعقد باطل وتصرف فيه لآخر ، فإن تصرف المشترى لا يمنع البائع من استرداد المبيع من تحت يد من تصرف له المشترى ، إذ أن البيع الباطل لم ينقل الملكية للمشترى حتى يصح له التصرف . فالعقد الباطل لا ينتج أثراً باعتباره تصرفا قانونيا ، وإن كان ينتج بعض الآثار باعتباره واقعة مادية ، وقد ينتج فى بعض حالات استثنائية آثاره الأصلية باعتباره تصرفا قانونيا ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك .

ولما كان العقد الباطل لا وجود له منذ البداية ، فلا يبقى إلا أن يتقرر بطلانه ، ولا يتصور أن تلحقه الأجازة ، أو أن يزول بطلانه بالتقادم .

فنبحث إذن مسائل ثلاثا : (١) الإجازة (٢) التقادم (٣) تقرير البطلان

§ ١ ـ الإجازة

العقد الباطل لا تلحقه الاجازة :

العقد الباطل لا تلحقه الإجازة لأنه معدوم ، والعدم لا يصير وجودا ولو أجيز . ومع ذلك تنص المادة ٤٨٩ من التقنين المدنى على أنه « إذا قام الواهب أو ورثته مختارين بتنفيذ هبة باطلة لسبب فى الشكل ، فلا يجوز

لهم أن يستردوا ماسلموه » . ولكن ذلك يحمل على أن القانون هو الذى يعين الجزاء على مخالفة الشكل كما قدمنا ، فيجوز أن يجعل العقد الباطل لعيب فى الشكل قابلا لأن تلحقه الاجازة . أو يقال إن الهبة الباطلة لعيب فى الشكل يتخلف عنها ، بالنسبة إلى الواهب وإلى ورثته ، التزام طبيعى، فإذا قام احد منهم بتنفيذه مختارا كان هذا وفاء لا يسترد طبقا لقواعد الالتزام الطبيعى .

ولكن يجوز عمله من جديد :

وإذا كان العقد الباطل لا تلحقه الإجازة ، فإن هذا لا يمنع من أن يعاد عمله من جديد . وهناك فرق بين الإجازة وعمل العقد من جديد : فالإجازة، كما سنرى ، تصرف قانونى صادر من جانب واحد هو المجيز ، ولها أثر رجعى يستند إلى وقت نشوء العقد المجاز ، أما عمل العقد من جديد فيقتضى توافق الإرادتين لأنه عقد جديد ، ويكون تاريخ هذا العقد من وقت صدوره لا من وقت صدور العقد الباطل . ولذلك يجب توافر الأهلية فى كل من المتعاقدين وقت عمل العقد الجديد ، ويكتفى بتوافرها فى المجيز وقت الإجازة .

§ ٢ - التقادم

دعوى البطلان تسقط بالتقادم :

كان المنطق يقضى بأن البطلان المطلق لا يزول بالتقادم ، لأن العقد الباطل معدوم ، والعدم لا ينقلب وجودا مهما طال عليه الأمد . ولكن التقنين المدنى المصرى الجديد ، تمشيا مع القضاء الفرنسى ومع بعض الفقهاء الفرنسيين ، نص فى المادة ١٤١/٢ على ما يأتى : « وتسقط دعوى البطلان بمضى خمس عشرة سنة من وقت العقد » . فإذا مضى على صدور العقد الباطل خمس عشرة سنة ، ثم رفع ذو المصلحة دعوى البطلان ، أمكن دفعها بالتقادم . ذلك أن أوضاعا

قد استقرت منذ صدور العقد الباطل وبقيت دهراً طويلا ، فوجب احترامها عن طريق إسقاط دعوى البطلان . ولكن هذا لايعنى أن العقد الباطل ذاته قد انقلب صحيحاً ، فهو لايزال باطلا ، ولكن الدعوى ببطلانه لا تسمع لسقوطها بالتقادم .

ولكن الدفع بالبطلان لايسقط بالتقادم:

ولأن العقد الباطل لاينقلب صحيحاً بالتقادم ، بل يبقى معدوماً دائماً ، فالدفع بالبطلان لايسقط بالتقادم مهما طالت المدة . فإذا باع شخص أرضا ، وكان البيع باطلا ، ولم يسلم الأرض للمشترى ، ومضى على صدور البيع خمس عشرة سنة ، فهو لايستطيع أن يرفع دعوى البطلان لسقوطها بالتقادم . ولكن مادامت الأرض فى يده ولم يسلمها للمشترى ، فهو فى غير حاجة إلى رفع دعوى البطلان . وإذا رفع المشترى دعوى على البائع يطالبه بتسليم الأرض ، استطاع البائع أن يدفع الدعوى ببطلان البيع حتى بعد انقضاء خمس عشرة سنة ، لأن الدفع بالبطلان لايسقط كما قدمنا .

وحتى إذا سلم البائع الأرض المشترى، ومضى على صدور البيع خمس عشرة سنة ، فإن البائع يستطيع أن يسترد الأرض من المشترى ، لابدعوى بطلان البيع فقد سقطت هذه الدعوى بالتقادم ، ولكن بدعوى الاستحقاق وهى لاتسقط أبدا . فإذا تمسك المشترى فى دعوى الاستحقاق بالبيع الباطل ، دفع البائع ببطلان البيع، والدفع بالبطلان لايسقط بالتقادم كما رأينا . فيتمكن البائع عن طريق دعوى الاستحقاق أن يسترد الأرض ، مالم يكن المشترى قد كسب ملكيتها بالتقادم المكسب ، وهذا شىء آخر لاعلاقة له بالتقادم المسقط لدعوى البطلان . على أنه يلاحظ ، من الناحية العملية المحضة ، أن البائع يرى نفسه بعد تقادم دعوى البطلان ، وهى دعوى شخصية يسيرة الإثبات ، مضطراً الآن ينتقل إلى دعوى الاستحقاق ، وهى دعوى عينية أكثر تعقيداً و أصعب إثباتا .

وكذلك المشترى إذا كان قد دفع الثمن فى بيع باطل ، وأراد استرداده بعد انقضاء خمس عشرة سنة من صدور البيع ، جاز أن يسترده ، لا بدعوى بطلان البيع ، ولكن بدعوى استرداد ما دفع دون حق . فإذا تمسك البائع فى دعوى الاسترداد بالبيع الباطل ، دفع المشترى ببطلانه ، وهو دفع لا يسقط ، فيتمكن المشترى عن طريق استرداد ما دفع دون حق أن يسترد الثمن ، مالم تسقط دعوى الاسترداد ذاتها بالتقادم ، إما بانقضاء خمس عشرة سنة من وقت دفع الثمن لا من وقت صدور البيع ، وإما بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذى علم فيه المشترى بحقه فى استرداد الثمن (م ١٨٧ مدنى) .

ويتبين من ذلك أن سقوط دعوى البطلان بالتقادم ليس بذى أثر كبير . فقد رأينا أن تقادم هذه الدعوى لا يمنع البائع من استرداد المبيع إذا كان قد سلمه ولا من استبقائه إذا كان لم يسلمه ، ولا يمنع المشترى من استرداد الثمن إذا كان قد دفعه ولا من الامتناع عن دفعه إذا كان لم يدفعه . أما إذا فقد البائع حقه فى استرداد المبيع ، أو ضاع على المشترى حقه فى استرداد الثمن ، فإن ذلك لا يرجع إلى التقادم المسقط لدعوى البطلان ، بل إلى التقادم المكسب لحق الملكية أو التقادم المسقط لدعوى الاسترداد .

§٣ — تقرير البطلان

من الذى يتمسك بالبطلان :

سواء كان تقرير بطلان العقد الباطل عن طريق الدعوى أو عن طريق الدفع ، فإن الذى يستطيع أن يتمسك بالبطلان هو كل شخص له مصلحة فى ذلك . والمصلحة هنا يراد بها حق يؤثر فيه صحة العقد أو بطلانه . ويترتب على ذلك أن مجرد المصلحة ، دون قيام هذا الحق ، لا يكفى . فلا يجوز مثلا أن يتمسك الجار ببطلان بيع صدر من جاره لآخر بحجة أن له مصلحة فى

التخلص من جوار المشترى الجديد ، ولا يحق لتاجر أن يطلب تقرير بطلان شركة ليتخلص من منافستها له .

ولكن إذا كان صاحب المصلحة له حق يؤثر فيه بطلان العقد ، جاز له التمسك بالبطلان . ففى البيع الباطل يستطيع كل من العاقدين أن يتمسك بالبطلان : البائع حتى يسترد المبيع ، والمشترى حتى يسترد الثمن . ودائنو كل من البائع والمشترى لهم أن يتمسكوا بالبطلان ، لابطريق الدعوى غير المباشرة فحسب ، بل أيضا بطريق مباشر ، وذلك ليستردوا المبيع أو الثمن فينفذوا عليه بحقوقهم . وورثة كل من البائع والمشترى يتمسكون بالبطلان لرد المبيع أو الثمن إلى التركة ، وذلك أيضا بمقتضى حق مباشر لهم . وكل شخص رتب له البائع أو المشترى حقا عينيا أو شخصيا بالنسبة إلى العين المبيعة يجوز له أن يتمسك بالبطلان . فالمرتهن من البائع يطلب البطلان حتى يسلم له حق الرهن ، والمرتهن من المشترى يطلب البطلان حتى يسترد الدين . ومستأجر العين المبيعة من البائع يطلب البطلان حتى يبقى فى العين ولو كان عقد الإيجار غير ثابت التاريخ ، ومستأجرها من المشترى يطلب البطلان حتى يسترد الأجرة . وكل هؤلاء يطلبون البطلان ، لاعن طريق استعمال حق مدينهم بالدعوى غير المباشرة ، بل بمقتضى حق مباشر لهم .

فالذين يجوز لهم التمسك بالبطلان إذن هم : (١) المتعاقدان (٢) والدائنون (٣) والخلف العام (٤) والخلف الخاص .

بل للمحكمة أيضا أن تقضى بالبطلان من تلقاء نفسها ، لأن العقد الباطل ليس له وجود قانونى ، والقاضى لايستطيع إلا أن يكشف عن ذلك .

متى يجوز التمسك بالبطلان :

إذا كان التمسك بالبطلان عن طريق الدعوى ، فلا بد من رفعها فى خلال خمس عشرة سنة من وقت صدور العقد ، وإلا سقطت بالتقادم كما سبق القول . أما إذا كان التمسك بالبطلان عن طريق الدفع ، جاز ذلك

فى أى وقت كما قدمنا . ويجوز إبداء الدفع فى أية حالة كانت عليها الدعوى ، كما يجوز إبداؤه لأول مرة أمام محكمة الاستئناف .

كيف يتقرر البطلان :

لما كان العقد الباطل ليس له وجود قانونى ، فلا حاجة إذن لصدور حكم بإبطاله . وهذه نتيجة منطقية تستقيم فى كثير من الأحوال ، فلا يحتاج من له مصلحة فى تقرير البطلان أن يرفع دعوى بذلك ، وما عليه إلا أن يعتبر العقد الباطل معدوما ، وأن يصدر فى تصرفه عن هذا الاعتبار ، فلو كان العقد الباطل بيعا ، كان للبائع دون أن يحصل على حكم ببطلان البيع أن يتصرف فى المبيع ، فهو لا يزال على ملكه ، ويكون بيعه صحيحاً . وإذا رفع المشترى فى هذا المثل دعوى يطالب فيها بالمبيع ، أمكن البائع أن يدفع هذه الدعوى ببطلان البيع . فالذى يتمسك بالبطلان فى العقد الباطل يتمسك به فى أكثر الأحوال عن طريق الدفع لا عن طريق الدعوى .

ولكن قد تقضى الضرورة بالحصول على حكم ، ويتحقق ذلك فى بعض فروض عملية . منها أن يكون البائع فى بيع باطل قد سلم المبيع إلى المشترى ويريد أن يسترده ، فعليه أن يرفع دعوى البطلان فى مدى خمس عشرة سنة من وقت صدور البيع حتى يسترد المبيع . ومنها أن يكون وجه البطلان فيه خفاء ، لاسيما إذا كان البطلان يرجع إلى تقدير القاضى كما إذا كان سببه مخالفة النظام العام أو الآداب ، فى مثل هذه الحالة تدعو الضرورة من له مصلحة فى التمسك بالبطلان أن يرفع دعوى بذلك حتى يطمئن إلى تقدير المحكمة فيما ذهب إليه . والحكم الذى يصدر فى دعوى البطلان ليس منشئا، فهو لا يبطل العقد الباطل ، بل يقتصر على الكشف عن بطلانه .

أثر تقرير البطلان :

إذا تقرر بطلان العقد ، زال كل أثر له فيما بين المتعاقدين — إذا

استثنينا ماقدمناه من آثار عرضية أو أصلية قد تترتب على العقد الباطل — وأرجع كل شىء إلى أصله ، وجاز الحكم بتعويض على أساس المسئولية التقصيرية لا المسئولية العقدية . فإذا كان العقد بيعاو تقرر بطلانه ، رد المشترى المبيع إلى البائع ، ورد البائع الثمن إلى المشترى . ويرد المشترى المبيع بثمراته من وقت المطالبة القضائية إذا كان حسن النية ، وفى مقابل ذلك لايلتزم البائع بالفوائد عن الثمن الذى يرده إلا من وقت المطالبة القضائية كذلك ، وهكذا يعاد المتعاقدان إلى الحالة التى كانا عليها قبل العقد . واسترداد كل متعاقد لماأعطاه ، إنما يكون على أساس استرداد مادفع دون حق بعدأن تقرر بطلان العقد . أما إذا هلك المبيع فى يد المشترى بقوة قاهرة ، فلما كان البائع إنما يرجع على المشترى طبقا لأحكام دفع غير المستحق كما قدمنا ، كان الواجب فى هذه الحالة تطبيق هذه الأحكام وهى تقضى بأن المشترى إذا كان حسن النية ، أى يعتقد أنه تسلم ماهو مستحق له ، فلا يكون مسئولا إلا بقدر ماعاد عليه من منفعة ترتبت على هلاك العين ، وللبائع فى جميع الأحوال أن يسترد المبيع التالف فى الحالة التى آل إليها بعد التلف دون أن يتقاضى تعويضاً عن التلف . أما إذا كان المشترى سىء النية ، أى يعلم أنه تسلم شيئا غير مستحق له ، التزم برد قيمة المبيع وقت الهلاك ، ولا يعفيه من هذه المسئولية الا أن يثبت أن المبيع كان يهلك ولو كان فى يد البائع .

ولا يقتصر أثر البطلان على العلاقة فيما بين المتعاقدين ، بل يجاوزها إلى الغير . فإذا رتب المشترى على العين التى اشتراها بعقد باطل حقا عينيا ، رهنا أو حق ارتفاق مثلا ، ثم تقرر بطلان البيع ، فإن البائع يسترد العين خالية من الحقوق العينية التى رتبها المشترى . كذلك لو باع المشترى العين من آخر ، فإن البائع بعد تقرير البطلان يستردها من المشترى الثانى .

المطلب الثانى

أحكام العقد القابل للأبطال

مخالفة أحكام العقد القابل للإبطال لأحكام العقد الباطل :

العقد القابل للأبطال ، على خلاف العقد الباطل ، ينفذ فى الحال وينتج جميع آثاره ، فله وجود قانونى باعتباره تصرفاً قانونيا ، فهو فى هذه المرحلة الأولى بمنزلة العقد الصحيح .

وإنما يكون لأحد العاقدين الحق فى طلب أبطاله ، وهو العاقد الذى تقرر البطلان لمصلحته . فإذا طلب الإبطال ، وجب على القاضى حتما أن يحكم به ، خلافا للفسخ فللقاضى سلطة تقديرية فى أن يحكم به أولا يحكم كما سبق القول . ولكن الحكم بإبطال العقد منشىء للبطلان لا كاشف عنه ، وهو فى ذلك كالحكم بالفسخ . فإذا أبطل العقد ، اعتبر باطلا بأثر رجعى منذ البداية ، وصار منذ نشوئه كالعقد الباطل ، وألغيت جميع الآثار التى أنتجها من قبل ، واعتبر كأن لم يكن . وهذه هى المرحلة الثانية للعقد القابل للإبطال ، يكون فيها بمنزلة العقد الباطل ، وقد سبقت الإشارة الى ذلك .

على أن الحق فى طلب إبطال العقد يزول بنزول صاحبه عنه وهذه هى الإجازة ، أو بانقضاء مدة معينة دون أن يستعمل وهذا هو التقادم . فالعقد القابل للأبطال إذن ، خلافا للعقد الباطل ، تلحقه الأجازة ، ويرد عليه التقادم ، ثم هو يختلف عنه أيضا فى بعض الأحكام عند تقرير البطلان .

فنتناول هذه المسائل الثلاث التى سبق أن تناولناها فى صدد العقد الباطل .

١٤ — الإجازة

العقد القابل للإبطال تلحقه الاجازة :

قدمنا أن الإجازة تلحق العقد القابل للإبطال مادام بطلانه لم يتقرر ، لأن له وجودا قانونيا وإن كان هذا الوجود مهددا بالزوال، فإذا لحقته الإجازة استقر .

والذى يجيز العقد هو الذى يثبت له الحق فى التمسك بالبطلان . فناقص الأهلية ومن شاب رضاءه عيب هما اللذان تصدر منهما الأجازة . وشذ بيع ملك الغير ، إذ تصح إجازته ، لامن المشترى فحسب وهو الذى يملك التمسك بالبطلان ، بل أيضا من المالك الحقيقى مع أنه لايستطيع أن يتمسك ببطلان البيع ويقتصر على اعتباره غير سار فى حقه . ويفسر هذا الشذوذ علة البطلان فى بيع ملك الغير ، وهى ترجع إلى أن هذا البيع لاينقل الملكية إلى المشترى، فإذا أجاز المالك الحقيقى العقد لم يعد هناك مانع من انتقال الملكية ، فتنتفى علة البطلان ، فيزول . ويجب فى المجيز وقت الإجازة أن يكون كامل الأهلية بالنسبة إلى العقد الذى يجيزه ، وألا تشوب الأجازة — وهى تصرف قانونى — عيب من عيوب الإرادة من غلط أوتدليس أوأكراه أو استغلال . ومن أجل ذلك لاتصح الأجازة إلا إذا زال السبب الذى قرر القانون من أجله البطلان . فناقص الأهلية لايستطيع إجازة العقد مادام ناقص الأهلية ، فإذا استكمل أهليته جاز له ذلك . ومن شاب رضاءه عيب لاتكون إجازته صحيحة مادام تحت تأثير هذا العيب ، حتى إذا انكشف الغلط أو افتضح التدليس أو ارتفع الأكراه صحت الإجازة بعد ذلك .

والإجازة تصرف قانونى صادر من جانب واحد ، فلا حاجة الى قبول العاقد الآخر لها ، ولا يجوز الرجوع فيها بحجة أن القبول لم يصدر .

وتكون الاجازة صريحة أو ضمنية . ولا يشترط فى الاجازة الصريحة أن تشتمل على بيانات معينة ، بل كل عبارة يفهم منها الاجازة تصح ، بشرط

أن تكون نية المجيز فى الاجازة واضحة . والاجازة الضمنية تكون بتنفيذ العقد من جانب من له الحق فى التمسك بالبطلان وهو عالم بأن له هذا الحق ، أو بأتيانه عملا مادياً يدل على نزوله عن التمسك بالبطلان ، أو بتصرفه تصرفا يفهم منه بوضوح أنه أجاز العقد . فتصرف البائع فى الثمن إجازة ضمنية لبيع قابل للإبطال ، وبناء المشترى على الأرض التى اشتراها بعقد قابل للإبطال إجازة ضمنية لهـذا العقد ، وسماح القاصر بعد بلوغه سن الرشد لوكيله بالاستمرار فى الإدارة إجازة ضمنية لعقد الوكالة ، واستئجار القاصر بعد بلوغه سن الرشد للعقار الذى باعه وهو قاصر إجازة ضمنية للبيع . ولكن مجرد السكوت عن طلب إبطال العقد لايعتبر إجازة مهماطالت المدة ، إلا إذا سقط الحق فى هذا الطلب بالتقادم .

أثر الاجازة :

وإذا أجيز العقد القابل للإبطال ، زال حق المتعاقد فى التمسك بإبطال العقد ، واستقر وجود العقد نهائياً غير مهدد بالزوال . ومن ثم ينقلب العقد صحيحاً بوجه بات ، ويعتبر صحيحاً من وقت صدوره لا من وقت الأجازة فحسب ، لأن للإجازة أثراً رجعياً . ولكن هـذا الأثر لا يكون إلا فيما بين المتعاقدين ، لا بالنسبة إلى الغير ممن كسب حقا عينيا على الشيء محل العقد . فلو أن قاصراً باع عينا ، وبعد بلوغه سن الرشد وقبل إجازته للبيع رهن العين ، فإن إجازته للبيع بعد ذلك لاتضر الدائن المرتهن ، وتنتقل العين إلى المشترى مثقلة بحق الرهن .

والإجازة لا تتناول إلا العيب المقصود بهذه الإجازة ، فإن كانت هناك عيوب أخرى بقى باب الطعن مفتوحا من أجلها . ومن ثم إذا تعاقد قاصر وكان واقعاً فى غلط ، وأجاز العقد بعد بلوغ سن الرشد فيما يتعلق بنقص الأهلية ، بقى له الحق فى إبطال العقد للغلط .

§ ٢ — التقادم

الدعوى والدفع يسقطان بالتقادم :

الحق فى طلب إبطال العقد يسقط بالتقادم . فإذا باع قاصر داراً له ، وسكت بعد بلوغه سن الرشد ثلاث سنوات - وهى مدة التقادم كما سنرى - عن طلب إبطال البيع ، لم يجز له بعد ذلك أن يرفع دعوى بإبطاله ، لأن دعوى الإبطال تكون قد سقطت بالتقادم . وإذا رفع المشترى دعوى بتسليم الدار ، لم يستطع البائع أن يدفع هذه الدعوى طالباً إبطال البيع ، لأن الدفع بالإبطال يكون هو أيضاً قد سقط بالتقادم . ويخلص من ذلك أنه إذا انقضت مدة التقادم ، انقلب العقد القابل للإبطال صحيحاً ، ولا يجوز بعد ذلك إبطاله عن طريق الدعوى ولا عن طريق الدفع . وهكذا يستقر الوجود القانونى للعقد بعد أن كان مهدداً بالزوال . ويصبح العقد فى حكم المجاز ، ويعتبر صحيحاً منذ صدوره ، إذ للتقادم أثر رجعى كما للإجازة . ولكن هناك فرقا بين عقد لحقته الإجازة وعقد زال بطلانه بالتقادم من حيث حقوق الغير . فقد قدمنا أن الإجازة لا تضر بحقوق الغير ، أما فى زوال البطلان بالتقادم فحقوق الغير تتأثر . مثل ذلك أن يبيع قاصر عينا ، ولا يتمسك بعد بلوغه سن الرشد بإبطال العقد ، فيتقادم البطلان ويزول ، ويعتبر البيع صحيحاً منذ صدوره كما قدمنا . فلو أن البائع بعد أن بلغ سن الرشد وقبل تقادم البطلان رتب على العين رهنا ، ثم تم التقادم ، فإن ملكية العين تخلص للمشترى غير مثقلة بحق الرهن . وهذا عكس ما قررناه فى حالة الإجازة .

ويلاحظ أن هناك فرقاً جوهرياً بين تقادم دعوى البطلان فى العقد الباطل وتقادمها فى العقد القابل للإبطال . فقد قدمنا أن تقادم دعوى البطلان فى العقد الباطل لا يقلب العقد صحيحا ، بل يبقى العقد باطلا ، ولكن دعوى البطلان هى التى لا يجوز سماعها لسقوطها بالتقادم . أما تقادم البطلان فى العقد القابل للإبطال فيقلب العقد صحيحا كما رأينا ، ويبقى العقد مرتباً لجميع آثاره بوجه بات .

مدة التقادم :

نصت المادة ١٤٠ من التقنين المدنى المصرى الجديد على ما يأتى :

« ١ — يسقط الحق فى إبطال العقد إذا لم يتمسك به صاحبه خلال ثلاث سنوات » .

« ٢ — ويبدأ سريان هذه المدة فى حالة نقص الأهلية من اليوم الذى يزول فيه هذا السبب ، وفى حالة الغلط أو التدليس من اليوم الذى ينكشف فيه ، وفى حالة الإكراه من يوم انقطاعه . وفى كل حالة لا يجوز التمسك بحق الإبطال لغلط أو تدليس أو إكراه إذا انقضت خمس عشرة سنة من وقت تمام العقد » .

وقد كانت مدة التقادم فى العقد القابل للإبطال فى التقنين المدنى المصرى السابق خمس عشرة سنة تسرى من وقت صدور العقد . فرؤى فى التقنين المدنى الجديد أن هذه مدة طويلة يبقى فى خلالها العقد غير مستقر ، ومن أجل ذلك جعلت المدة ثلاث سنوات فقط ، يبدأ سريانها من وقت استكمال ناقص الأهلية لأهليته ، أو من وقت انكشاف الغلط أو التدليس ، أو من وقت انقطاع الإكراه ، بحسب الأحوال . فإذا تعطل بدء سريان التقادم مدة طويلة ، بأن لم ينكشف الغلط مثلا إلا بعد أربع عشرة سنة ، فإن الحق فى إبطال العقد يتقادم فى هذه الحالة بانقضاء خمس عشرة سنة من وقت صدور العقد ، لا بانقضاء ثلاث سنوات من وقت انكشاف الغلط ، لأن المدة الأولى هى الأقصر . فالتقادم يكون إذن بأقصر الأجلين : ثلاث سنوات من وقت زوال العيب أو خمس عشرة سنة من وقت صدور العقد . ولا تكون المدة الثانية أقصر من المدة الأولى إلا فى حالات استثنائية كالحالة التى تقدم ذكرها (١) .

---

(١) ويلاحظ ان دعوى الابطال فى حالة نقص الاهلية لها ميعاد تقادم واحد ، هو ثلاث سنوات من اليوم الذى يزول فيه نقص الهلية . ولا تتقادم هذه

=

وقد حذا التقنين المدنى المصرى الجديد فى تقصير مدة التقادم حذو التقنينات الحديثة . أما التقنين المدنى السورى الجديد فقد أمعن ، على غرار التقنين السويسرى ، فى تقصير مدة التقادم ، إذ جعلها سنة واحدة (أنظر المادة ١٤١ من التقنين المدنى السورى) .

ويلاحظ أن مدة السقوط فى الاستغلال — وهو عيب من عيوب الرضاء — أقصر من مدة التقادم فى العيوب الأخرى ، فإن دعوى الاستغلال يجب أن ترفع خلال سنة من وقت صدور العقد (م ١٢٩/٢ مدنى) . فتكون مدة السقوط فى الاستغلال أقصر من ناحيتين : ناحية المقياس الزمنى وناحية مبدأ السريان . هذا إلى أنها مدة سقوط لا مدة تقادم ، فلا ينقطع سريانها .

§ ٣ — تقرير البطلان

من الذى يتمسك ببطلان العقد :

العقد القابل للإبطال لم تتقرر قابليته للإبطال إلا لمصلحة أحد العاقدين ، فهذا العاقد وحده ، دون العاقد الآخر ، هو الذى يجوز له أن يتمسك بالبطلان . فإذا كان سبب القابلية للإبطال نقص الأهلية ، تمسك بالبطلان ناقص الأهلية . وقد يكون كل من العاقدين ناقص الأهلية ، فلكل منهما أن يتمسك بالبطلان . ولا يكون العقد لذلك باطلا بل يبقى قابلا للإبطال ، فتصح إجازته ويزول بطلانه بالتقادم ، ولو كان العقد باطلا لما جاز ذلك .

=

الدعوى بخمس عشرة سنة من وقت تمام العقد ، لان هناك احتمالا الا يزول نقص الاهلية ، فلا يرتفع الحجر او يبلغ القاصر سن الرشد ، الا بعد مدة طويلة تستنفد الخمس العشرة سنة او تكاد ، فتتقادم الدعوى أو توشك أن تتقادم قبل زوال نقص الاهلية . فاراد المشرع ان يبقى لناقص الاهلية مدة بعد استكمال اهليته يرفع فيها دعوى الابطال ، وهى ثلاث سنوات كاملة بعد استكمال الاهلية .

واذا كان السبب هو عيب شاب الإرادة ، فمن شاب إرادته العيب هو الذى يتمسك ببطلان العقد .

وفى بيع ملك الغير المشترى وحده هو الذى يتمسك بالبطلان .

ولا يستطيع أن يطلب إبطال العقد لا الدائن ولا الخلف العام ولا الخلف الخاص بمقتضى حق مباشر لهم . ولكن يستطيعون ذلك باعتبارهم دائنين للعاقد ، فيستعملون حقه فى طلب إبطال العقد عن طريق الدعوى غير المباشرة .

كذلك لا تستطيع المحكمة أن تقضى بإبطال العقد من تلقاء نفسها إذا لم يتمسك بالإبطال المتعاقد ذو المصلحة .

متى يجوز التمسك بالبطلان :

ويجوز التمسك بالبطلان ، دعوى أو دفعا ، ما دام البطلان لم يسقط بالتقادم بانقضاء المدة المقررة ، ثلاث سنوات من وقت زوال العيب أو خمس عشرة سنة من وقت صدور العقد ، ويجوز إبداء الدفع بالبطلان فى أية حالة كانت عليها الدعوى على النحو الذى بيناه فى العقد الباطل .

كيف يتقرر البطلان :

قدمنا أن العقد القابل للإبطال له وجود قانونى الى أن يتقرر بطلانه ، ومن ثم لابد فى تقرير البطلان من التراضى أو التقاضى . أما التراضى فيتم بين المتعاقدين بشرط أن تتوافر الأهلية فى كل منهما . فإذا لم يتم الإتفاق على إبطال العقد ، فالعقد لا يبطل حتى يرفع ذو المصلحة من المتعاقدين دعوى البطلان ويحصل على حكم بذلك . وحكم القاضى هو الذى يبطل العقد ، أى أن هذا الحكم هو الذى ينشىء البطلان ، ولا يقتصر على الكشف عنه كما فى العقد الباطل ، ولكن اذا رفعت دعوى الإبطال أو دفع به ، ووجد القاضى سببه

قائماً ، فهو لايملك الا أن يبطل العقد، وليست له السلطة التقديرية التى يملكها فى الفسخ كما سبق القول .

ويتبين من ذلك أن المتعاقد ذا المصلحة إذا لم يستطع الاتفاق مع المتعاقد الآخر على إبطال العقد ، فليس أمامه إلا أن يرفع دعوى البطلان ليحصل على حكم بإبطال العقد، ولايجوز له أن يستقل بإعلان البطلان بإرادته المنفردة، كما أجاز ذلك كل من التقنين المدنى الألمانى وتقنين الالتزامات السويسرى . فقد قضت الفقرة الأولى من المادة ١٤٣ من التقنين المدنى الألمانى بأن البطلان يتقرر بإعلان يتوجه إلى الطرف الآخر . وقضت المادة ٣١ من تقنين الإلتزامات السويسرى بأن العقد إذا شابه غلط أو تدليس أو إكراه يعتبر قد أجيز إذا كان الطرف الذى لايلزمه هذا العقد سكت سنة دون أن يعلن للطرف الآخر تصميمه على إبطاله ، أو دون أن يسترد مادفعه ، وتسرى السنة من وقت انكشاف الغلط أو التدليس أو من وقت زوال الإكراه . وقد كان المشروع النهائى للتقنين المدنى المصرى الجديد يجيز ابطال العقد فى حالة نقص الأهلية عن طريق الإعلان بالإرادة المنفردة ، فكانت الفقرة الثانية من المادة ١٤٢ من هذا المشروع تنص على ما يأتى : « ويكفى لإبطال العقد بسبب نقص الأهلية إعلان المتعاقد الآخر بذلك إعلاناً رسمياً يبين فيه سبب البطلان وأدلته ، فإذا تم الإعلان على هذا الوجه اعتبر العقد باطلا من وقت صدوره ، دون اخلال بحق المتعاقد الآخر فى التمسك بصحة العقد بدعوى يرفعها فى خلال سنة من وقت وصول الإعلان ، وفى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ دارت مناقشات طويلة حول تقرير بطلان العقد لنقص الأهلية عن طريق الإعلان ، وانقسمت اللجنة فى ذلك ، ولم تقر الأغلبية قبول هذا الحكم ، فتقرر حذف هذه الفقرة الثانية « توخياً لتعميم القواعد المتعلقة بطلب الإبطال ، وتجنبا لما يحتمل أن ينشأ عن تطبيق النص المقترح من صعوبات عملية » (أنظر مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٣٥ — ص ٢٤٠) .

أثر تقرير البطلان :

إذا تقرر بطلان العقد القابل للإبطال ، اعتبر كأن لم يكن ، فيما بين المتعاقدين وبالنسبة الى الغير ، فهو فى هذا والعقد الباطل سواء .

يزول كل أثر للعقد فيما بين المتعاقدين ، ويجب إرجاع كل شىء الى أصله كما فى العقد الباطل . فإذا كان العقد القابل للإبطال بيعا وتقرر بطلانه ، رد المشترى المبيع الى البائع ، ورد البائع الثمن الى المشترى ، على التفصيل الذى قدمناه فى العقد الباطل . وإذا كان العقد قابلا للإبطال لنقص أهلية أحد العاقدين وتقرر بطلانه ، فإن ناقص الأهلية يسترد مادفع تطبيقا للقواعد التى قدمناها . أما العاقد الآخر فلايسترد من ناقص الأهلية الا مقدار ماعاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد. والأصل فى ذلك قاعدة عامة قررتها المادة ١٨٦ من التقنين المدنى المصرى فى دعوى غير المستحق ، إذ قضت بأنه « إذا لم تتوافر أهلية التعاقد فيمن تسلم غير المستحق ، فلا يكون ملتزما الا بالقدر الذى أثرى به » .

ويزول كل أثر للعقد أيضا بالنسبة إلى الغير . فإذا رتب المشترى بعقد قابل للإبطال على العين التى اشتراها حقا عينيا ، كحق انتفاع ، أوحق ارتفاق ، ثم أبطل البيع ، فإن البائع يسترد العين خالية من الحقوق العينية التى رتبها المشترى . كذلك إذا باع المشترى العين من آخر ، فإن البائع الأول بعدإبطال البيع الصادر منه يسترد العين من المشترى الثانى ، وهذا عين ماقررناه فى صدد العقد الباطل .

الفرع الثانى

نظرية البطلان

فى الفقه الإسلامى

تمهيد

أقسام العقد من حيث الصحة والبطلان

تدرج العقد من البطلان إلى الصحة :

نظرية البطلان فى الفقه الإسلامى أوسع نطاقا من نظيرتها فى الفقه الغربى ، فهى تمتد إلى آفاق أبعد ، فيدخل فيها إلغاء العقد وعدم سريانه فى حق الغير وفسخه وانفساخه ، بل ويدخل فيها إلى مدى محدود كل من الشرط الفاسخ والشرط الواقف . لذلك ستطول وقفتنا عند هذه النظرية أكثر مما وقفنا عند نظرية البطلان فى الفقه الغربى .

والعقد فى الفقه الإسلامى ، من حيث البطلان والصحة ، أكثر تدرجا منه فى الفقه الغربى . فهو يتدرج من البطلان إلى الفساد ، ثم من الفساد إلى الوقف ، ثم من الوقف إلى النفاذ ، ثم من النفاذ إلى اللزوم . فهناك للعقد فى الفقه الإسلامى أقسام خمسة : (١) العقد الباطل (٢) والعقد الفاسد (٣) والعقد الموقوف (٤) والعقد النافذ (٥) والعقد اللازم .

وكل من العقد الباطل والعقد الفاسد عقد غير صحيح . وكل من العقد

الموقوف والعقد النافذ والعقد اللازم عقد صحيح .

فالعقود تنقسم مبدئيا إلى عقد صحيح وعقد غير صحيح . والعقد غير الصحيح إما باطل ، أو فاسد . والعقد الصحيح إما موقوف غير نافذ ، أو نافذ غير لازم ، أو نافذ لازم .

ولا كلام هنا فى العقد النافذ اللازم ، فهذه هى الذروة من صحة العقد . وإنما يأتى ذلك عند الكلام فى الآثار التى تترتب على العقد ، إذ المفروض أن العقد يرتب آثاره كاملة إذا كان نافذا لازماً .

فيبقى إذن أقسام أربعة للعقد ، الباطل والفاسد والموقوف والنافذ ، نتولى تحديد مناطقها المختلفة حتى يتميز كل منها عن الآخر .

العقد الباطل :

يمكن إرجاع العناصر الجوهرية فى العقد إلى جهات ثلاث :

(أولا) صيغة العقد أو التعبير عن الإرادة : ويتم ذلك بإيجاب وقبول متطابقين فى مجلس العقد . هذا التعبير عن الأرادة هو ركن العقد ، بل هو الركن الوحيد ، كما يقول صاحب البدائع ، وبقية العناصر الأخرى ليست إلا شرائط للركن أو أوصافاً له. وهذا يكشف عن النزعة الموضوعية الواضحة للفقه الإسلامى ، فالتعبير عن الإرادة ، أى الإرادة الظاهرة لا الإرادة الباطنة هو ركن العقد ، ولا ركن غيره .

وينطوى هذا الركن على عنصرين : (١) تطابق الإيجاب والقبول وهذا هو التراضى (٢) اتحاد مجلس العقد . وقد سبق الكلام تفصيلا فى كل من هذين العنصرين . (١)

---

(١) انظر الجزئين الاول والثانى من مصادر الحق فى الفقه الاسلامى — هذا وندع جانبا بعض العقود العينية التى لاتتم الا بالقبض كالهبة والسلم والصرف وبيع الاموال الربوية ، وكذلك الشكل فى بعض العقود كالشهود فى الزواج .

(ثانيا) العاقدان : والتعبير عن الإرادة يفترض بطبيعة الحال شخصاً يصدر عنه هذا التعبير. ولا يعتد بالتعبير إلا إذا صدر عن تمييز أى عن عقل، فالطفل غير المميز والمجنون والمعتوه والمريض أو السكران إلى حد أن يفقد التمييز وغير هؤلاء ممن انعدم فيهم التمييز لا يعتد بتعبيرهم، وإذا صدر من أحدهم تعبير عن الإرادة فهذا التعبير لا وجود له شرعا مهما يكن له من وجود من حيث الواقع. ثم إن العقد يفترض حتما وجود عاقدين، أحدهما يصدر منه الأيجاب والآخر يصدر منه القبول، فالعقد لا يتم بإرادة منفردة بل بإرادتين متطابقتين.

ومن ثم يمكن أن نستخلص من هذه الجهة الثانية عنصرين آخرين للعقد : (١) التعدد (٢) العقل أى التمييز.

(ثالثاً) المعقود عليه أو محل العقد : وقد رأينا أن محل العقد يشترط فيه أن يكون : (١) موجوداً أو ممكناً أى مقدور التسليم (٢) معينا أو قابلا للتعيين (٣) صالحا للتعامل فيه أى مالا متقوماً مملوكاً. وهذه العناصر الثلاثة قد سبق الكلام فيها تفصيلا فيما تقدم .(١)

فإذا توافر للعقد هذه العناصر السبعة : (١) تطابق الإيجاب والقبول (٢) اتحاد مجلس العقد (٣) تعدد العاقد (٤) العقل أو التمييز (٥) محل مقدور التسليم (٦) محل معين أو قابل للتعيين (٧) محل صالح للتعامل فيه أى مال متقوم مملوك (٢) ،فإن العقد يكون قد اجتمع له ركنه، أى الإيجاب والقبول، مستوفيا لشرائطه وهى العناصر الستة الأخرى . أما إذا تخلف عنصر منها فإن العقد لا ينعقد ، ويكون عقدا باطلا لا وجود له .

العقد الفاسد :

والعقد الفاسد مرتبة من مراتب البطلان لا يعرفها إلا الفقه الحنفى ،

---

(١) انظر الجزء الثالث من مصادر الحق .

(٢) وتمكن اضافة السبب المشروع ، على النحو الذى بسطناه فيما تقدم ، الى هذه العناصر السبعة .

أما المذاهب الأخرى فلا تميز بين العقد الفاسد والعقد الباطل ، فكلاهما عقد باطل ، تدعوه تارة بالباطل وطوراً بالفاسد .

ويميز الفقه الحنفى بين البطلان والفساد على الوجه الآتى : إن العناصر السبعة التى تقدم ذكرها ، وهى مطلوبة لانعقاد العقد ، لاتكفى لصحته . بل يجب أن تضاف إلى هذه العناصر أوصاف معينة ، وجودها ضرورى لصحة العقد . فإذا تخلف وصف منها ، اعتبر العقد منعقدا بالرغم من ذلك لاشتماله على الركن وشرائطه أى لتوافره على أصله ،.ولكنه ينعقد فاسدا لخلل فى وصفه . وبذلك يتميز العقد الفاسد عن العقد الباطل . فالعقد الباطل هو مالا يكون مشروعاً بأصله ووصفه ، أما العقد الفاسد فهو ما كان مشروعاً بأصله دون وصفه .

فما هى الأوصاف التى يجب أن تكمل عناصر العقد ، حتى يكون العقد صحيحاً ؟ أما تطابق الإيجاب والقبول واتحاد مجلس العقد ، فهذان عنصران ليسا فى حاجة إلى وصف يكملهما . وكذلك عنصر التعدد ، فهو كامل بذاته . أما عنصر التمييز الذى يقوم عليه التراضى ، فيجب أن يكمله وصف لازم لصحة العقد، هو خلو الرضاء من الإكراه فالعاقد اذا شاب إرادته إكراه ، كان عقده فاسدا . بقيت العناصر الثلاثة التى ترجع الى محل العقد ، وأولها أن يكون المحل موجوداً مقدور التسليم ، وهذا العنصر فى حاجة الى وصف يكمله ، بل الى وصفين . فالوجود يجب ألا يدخله الغرر ، والعقد الذى ينطوى على غرر يكون فاسداً . والقدرة على التسليم يكملها أن تكون هذه القدرة من غير ضرر ، فإن كان المحل مقدور التسليم ولكن فى تسليمه ضرر ، انعقد العقد فاسداً للضرر الذى يترتب على التسليم . والعنصر الثانى فى المحل هو أن يكون المحل معيناً أو قابلا للتعيين ، وهذا العنصر أيضا فى حاجة الى وصف يكمله ، هو نفس الوصف الذى يكمل وجود المحل ، أى انتفاء الغرر ، فيجب أن يكون المحل خاليا من الغرر فى وجوده وفى تعيينه . والعنصر الثالث فى المحل هو أن يكون المحل صالحاً للتعامل فيه ، وهذا العنصر فى حاجة الى وصفين يكملانه ، هما أن يكون المحل خالياً من الشرط الفاسد وأن يكون خاليا من الربا .

فالأسباب التى تجعل العقد فاسداً فى المذهب الحنفى ، بالرغم من انعقاده، هى إذن خمسة : (١) الإكراه (٢) الغرر (٣) الضرر الذى يصحب التسليم (٤) الشرط الفاسد (٥) الربا (١) .

وهذه الأسباب ذاتها تجعل العقد باطلا فى المذاهب الأخرى ، على تفصيل سيأتى ذكره فيما يتعلق بالإكراه .

العقد الموقوف :

فى عناصر العقد التى قدمناها وفى الأوصاف التى تلحق بهذه العناصر ، لم نربط بين العاقد من جهة ومحل العقد وصيغته من جهة أخرى . فحتى يقوم هذا الربط يجب أن يكون للعاقد : (١) الولاية على محل العقد : (٢) الولاية على نوع التصرف. والعقد ينعقد صحيحا ، ولكنه لاينفذ ، بل يكون موقوفا ، إذا تخلف أحد هذين العنصرين .

والولاية على محل العقد تكون بأن يثبت للعاقد حق الملك فى هذا المحل أو النيابة عن المالك ، وألا يتعلق بالمحل حق للغير كأن يكون مرهونا أو مستأجراً . فغير المالك — أى الفضولى — ليست له ولاية على محل العقد ، وإذا كان العقد الصادر منه قد صدر من أهل له فى محل صالح لحكمه ومن ثم ينعقد صحيحا ، إلا أن هذا العقد يكون موقوفا لانعدام الولاية على المحل ، فلا ينفذ إلا بإجازة المالك . ومالك العين المرهونة أو المستأجرة ليست له ولاية كاملة على محل العقد لتعلق حق المرتهن أو المستأجر به ، فالعقد الذى يصدر منه واقعاً على هذا المحل يكون موقوفا على إجازة المرتهن أو المستأجر .

والولاية على التصرف تكون باستكمال العاقد القدر الواجب من التمييز لنوع التصرف الذى يباشره . ومن التصرفات ما يكفى فيه مجرد التمييز ، ومنها

---

(١) وحكم بيع المنقول قبل قبضه مختلف فيه ، ومن يرى ان هذا البيع فاسد يرجع الفساد للضرر « أنظر المبسوط ١٣ ص ٩ — ص ١٠ » .

ما لا يكفى التمييز فيه بل يجب بلوغ سن الرشد . فالولاية على التصرف هى الأهلية للتصرف .

ومن ثم نرى أن العقد الموقوف هو العقد الذى انعقد صحيحا لتوافر عناصر الانعقاد وعناصر الصحة فيه ، ولكن نقصه أحد عنصرى النفاذ : الملك أو الأهلية .

ولم تسلم مرتبة العقد الموقوف من الخلاف . فالشافعية ينكرون هذه المرتبة ، ويذهبون إلى أن العقد الموقوف هو عقد باطل ، ويجعلون الملك والأهلية من عناصر الانعقاد لا من عناصر النفاذ ، وسيأتى بيان ذلك .

وفى المذهب الحنفى ذاته رأى يذهب إلى أن العقد الموقوف عقد غير صحيح ، ويأتى فى مرتبة بين العقد الباطل والعقد الفاسد . فالعقد عند من يقولون بهذا الرأى (أنظر الكاسانى فى البدائع) ، إما عقد غير صحيح ويشمل العقد الباطل فالعقد الموقوف فالعقد الفاسد على هذا الترتيب ، وإما عقد صحيح ويشمل العقد النافذ فالعقد اللازم . ولكن الرأى الراجح فى المذهب هو أن العقد الموقوف مرتبة من مراتب العقد الصحيح ، فهو ليس بعقد باطل ولا بعقد فاسد ، بل هو قسم من أقسام العقد الصحيح ، وهو من مراتب الصحة يقع فى أدناها ، ويليه فى القوة العقد النافذ فالعقد اللازم كما سبق القول . جاء فى البحر الرائق : « والمشايخ طريقان . فمنهم من يدخل الموقوف تحت الصحيح فهو قسم منه ، وهو الحق لصدق التعريف وحكمه عليه ، فإنه ما أفاد الملك من غير توقف على القبض . ولا يضر توقفه على الأجازة ، كتوقف البيع الذى فيه الخيار على إسقاطه . ومنهم من جعله قسيما للصحيح ، وعليه مشى الشارح الزيلعى ، فإنه قسمه إلى صحيح وباطل وفاسد وموقوف ، وقسمه فى فتح القدير إلى جائز وغير جائز وهو ثلاث باطل وفاسد وموقوف ، فجعله من غير الجائز ، وبدأ بالجائز النافذ . وفى السادس من جامع الفصولين أن بيع مال الغير بغير إذن بدون تسليمه ليس بمعصية ، ولم أر فيما عندى من الكتب

من سماه فاسداً ، إلا فى بيع المرهون والمستأجر فقال فى البدائع من شرائطه ألا يكون فى المبيع حق لغير البائع ، فإن كان لا ينفذ كالمرهون والمستأجر ، واختلفت عبارات الكتب فى هذه المسألة ، فى بعضها أن البيع فاسد ، وفى بعضها أن البيع موقوف وهو الصحيح إلى آخره . وقال قبله فى جواب الشافعى فى بيع الفضولى أنه غير صحيح لأنه لا يفيد حكمه ، وصحة التصرف عبارة من اعتباره فى حق الحكم ، فقال قلنا نعم وعندنا هذا التصرف يفيد فى الجملة وهو ثبوت الملك موقوفا على الإجازة ، إما من كل وجه أو من وجه ، لكن لا يظهر شىء من ذلك عند العقد ، وإنما يظهر عند الأجازة ، وهو تفسير التوقف عندنا أن يتوقف فى الجواب فى الحال أنه صحيح فى حق الحكم ، أم لا يقطع القول به للحال ولكن يقطع القول بصحته عند الإجازة ، وهذا جائز كالبيع بشرط الخيار للبائع أو للمشترى اه . وإنما أكثرنا من تحرير هذا المبحث لأنى قررت فى المدرسة الصرغتمشية حين إقراء الهداية أن بيع الفضولى صحيح عندنا ، فأنكره بعض الطلبة الذين لا تحصيل لهم وادعى فساده ، وهو فاسد لما علمته » (البحر الرائق ٦ ص ٧٠) .

والذى أوقع اللبس فى مرتبة العقد الموقوف ، وهل هى من مراتب العقد الصحيح أو من مراتب العقد غير الصحيح ، ما وقع من الاضطراب فى حكم بيع المكره وبيع الهازل . فبيع المكره قد تضاربت المذاهب فى حكمه ، وسنرى أن هناك من يقول إنه باطل ومن يقول إنه فاسد ومن يقول إنه موقوف ومن يقول إنه نافذ غير لازم ، ويتردد فى بعض كتب الفقه أنه فاسد موقوف (البحر الرائق ٥ ص ٢٧٧ — ابن عابدين ٤ ص ١٠٤ — ص ١٠٥) ، فيتدخل الموقوف فى الفاسد ويكون قسما من أقسام غير الصحيح . وصحح ذلك بأن المراد بالوقف أنه موقوف الانعقاد عند من يقول بالبطلان ، أو موقوف الصحة عند من يقول بالفساد ، أو موقوف النفاذ عند من يقول بالوقف ، أو موقوف اللزوم عند من يقول بعدم اللزوم . ومن ثم يكون بيع المكره غير صحيح عند من يقول ببطلانه أو فساده ، وهو صحيح عند من يقول بوقفه أو بعدم لزومه . فلا يتدخل العقد الموقوف فى العقد الفاسد ، ولا يكون قسما منه . أما بيع الهازل فقد اختلفوا فى حكمه بين باطل وفاسد ، والصحيح أنه باطل لأن الهازل

غير راض بأصل البيع (المبسوط ٢٤ ص ٥٥) . ونرى من ذلك أن بيع المكره لا يجمع بين الفساد والوقف بل هو إما فاسد أو موقوف ، وأن بيع الهازل باطل لا فاسد ولا موقوف. فلا يتدخل الوقف فى الفساد ، ولا يتلاقى الفساد مع الوقف أصلا . فالعقد الفاسد غير العقد الموقوف ، الأول غير صحيح والثانى صحيح ، فيكون العقد الموقوف إذن قسما من العقد الصحيح (أنظر فى هذا المعنى ، بحثاً فى العقد الموقوف للدكتور زكى عبد البر فى مجلة القانون والاقتصاد ٢٥ ص ١١٦ — ص ١٢١) .

العقد النافذ غير اللازم :

إذا اجتمعت للعقد عناصر الانعقاد والصحة والنفاذ ، فصدر العقد من أهله فى محل قابل لحكمه ، وكان العاقد له الولاية على محل العقد والأهلية الواجبة للتصرف الذى يباشره ، فقد انعقد العقد صحيحاً نافذاً ، فأنتج الآثار التى تترتب عليه .

والأصل أن العقد الذى ينعقد صحيحا نافذا لا يجوز لأحد العاقدين أن يرجع فيه بإرادته المنفردة . ولكن هناك عقودا تقبل بطبيعتها أن يرجع فيها أحد العاقدين دون توقف على إرادة العاقد الآخر ، كالوكالة والشركة والهبة والوديعة والعارية والرهن والكفالة . وهناك عقود يكون فيها لأحد العاقدين خيار الرجوع ، وقد مر بنا من هذه الخيارات خيار الغلط وخيار الوصف وخيار التدليس وخيار الغبن وخيار تفرق الصفقة(١) . وهناك خيارات أربعة معروفة غير الخيارات المتقدمة الذكر ، هى خيار الشرط وخيار التعيين وخيار

---

(١) انظر الجزء الثانى من مصادر الحق فى الفقه الاسلامى. أما خيار المجلس فهو مختلف فيه بين المذاهب كما قدمنا ، وهو على كل حال يتصل بانعقاد العقد . وخيار القبول عبارة عن اقتران القبول بالايجاب ، وهذا ليس بخيار بل هو ركن العقد لا ينعقد بدونه .

الرؤية وخيار العيب ، إذا ثبت خيار منها لأحد العاقدين استطاع بإرادته المنفردة أن يرجع فى العقد ، وسيأتى بيان ذلك .

فإذا كان العقد قابلا لأن يرجع فيه أحد العاقدين بإرادته وحده دون توقف على رضاء العاقد الآخر ، إما لأن طبيعته تقتضى ذلك وإما لأن فيه خياراً من الخيارات التى أشرنا إليها ، فهذا عقد نافذ غير لازم . هو عقد نافذ، لأنه انعقد صحيحا منتجا لجميع آثاره . ثم هو عقد غير لازم ، لأن أحد العاقدين يستطيع وحده أن يستقل بفسخه فهو غير لازم له .

أما إذا استوفى العقد أيضا شرائط اللزوم — طبيعة تستعصى على الفسخ بإرادة منفردة وخلو من الخيارات المختلفة — فقد انعقد صحيحا نافذاً لازما ، فينتج جميع الآثار التى تترتب عليه ، ويلزم كلا من العاقدين بحيث لا يجوز الرجوع فيه إلا باتفاقهما معاً على التقايل منه . وهذه هى المرتبة العليا من الصحة والقوة فى العقود [1] .

بهذا التدرج يعالج الفقه الإسلامى صحة العقد ، فنبحث على التعاقب :

١ — حكم العقد الباطل .

٢ — حكم العقد الفاسد .

٣ — حكم العقد الموقوف .

٤ — حكم العقد النافذ غير اللازم .

---

(١) وحتى اذا بلغ العقد هذه المرتبة العليا من القوة ، فهناك من العقود الصحيحة النافذة اللازمة عقود مكروهة ، ورد النهى عنها لا لأصل فيها ولا لصفة ملازمة لها ، ولكن لامر مجاور غير ملازم ، وذلك كبيع النجش وبيع الركبان وبيع الحاضر للبادى . وفى رواية عن احمد ان هذه العقود فاسدة ، وفى رواية أخرى انها مكروهة ، وقد سبق بيان ذلك (انظر الجزء الثانى من مصادر الحق فى الفقه الاسلامى) .

المبحث الأول

حكم العقـــد الباطل

ليس له وجود شرعي فلا ينتج أثراً :

العقد الباطل لا وجود له إلا من حيث الصورة ، فليس له وجود شرعي . ومن ثم فهو عدم ، والعدم لا ينتج أثراً . فمن باع ميتة أو دما أو حراً ، كان بيعه باطلا لا أثر له ، لأن المبيع ليس بمال . ومن باع خنزيراً أو خمراً من مسلم ، كان بيعه كذلك باطلا لا أثر له ، لأن المبيع ليس بمال متقوم ، وكذلك يكون باطلا لا أثر له بيع السمك فى البحر والطير فى الهواء ، لأن المبيع مال مباح . وأى تصرف يصدر من صبي غير مميز أو من مجنون يكون باطلا لا أثر له ، لانعدام التمييز فى العاقد وقل مثل ذلك فى كل عقد لم يتوافر فيه ركنه وشرائطه التى تقدم ذكرها .

جاء فى البدائع : « ولا حكم لهذا البيع (الباطل) أصلا ، لأن الحكم للموجود ، ولا وجود لهذا البيع إلا من حيث الصورة . لأن التصرف الشرعي لا وجود له بدون الأهلية والمحلية شرعا ، كما لا وجود للتصرف الحقيقي إلا من الأهل فى المحل حقيقة ، وذلك نحو بيع الميتة والدم والعذرة والبول وبيع الملاقيح والمضامين وكل ما ليس بمال ، وكذا بيع أم الولد والمدبر والمكاتب والمستسعى ، لأن أم الولد حرة من وجه وكذا المدبر فلم يكن مالا مطلقاً ، والمكاتب حر يداً فلم يكن مالا على الإطلاق ، والمستسعى عند أبي حنيفة بمنزلة المكاتب وعندهما حر عليه دين . وكذا بيع الخنزير من المسلم ، لأنه ليس بمال فى حق المسلم . وكذا بيع الخمر ، لأنها ليست بمتقومة فى حق المسلم ، لأن الشرع أسقط تقومها فى حق المسلمين حيث أهانها عليهم . فيبطل ولا ينعقد . لأنه لو انعقد ، إما أن ينعقد بالمسمى ، وإما أن ينعقد بالقيمة . لا سبيل إلى الأول ، لأن التسمية لم تصح . ولا سبيل إلى

الثانى ، لأنه لاقيمة إذ التقويم يبنى على العزة والشرع أهان المسمى على المسلم فكيف ينعقد بقيمته ولاقيمة له ، وإذا لم ينعقد ، يبطل ضرورة . . واختلف مشايخنا فى بيع العبد بالميتة والدم . قال عامتهم يبطل ، وقال بعضهم يفسد . والصحيح أنه يبطل ، لأن المسمى ثمنا ليس بمال أصلا وكون الثمن مالا فى الجملة شرط الإنعقاد . وكذا اختلفوا فيما إذا قال بعت بغير ثمن . قال بعضهم يبطل وإليه ذهب الكرخى من أصحابنا ، وقال بعضهم يفسد ولا يبطل كما إذا باع وسكت عن ذكر الثمن » (البدائع ٥ ص ٣٠٥) .

وجاء فى الأشباه والنظائر لابن نجيم : « الباطل والفاسد عندنا فى العبادات مترادفان ، وفى النكاح كذلك ... وأما فى البيع فمتباينان : فباطله مالا يكون مشروعا بأصله ووصفه ، وفاسده ما كان مشروعا بأصله دون وصفه . وحكم الأول أنه لايملك بالقبض ، وحكم الثانى أنه يملك به . وأما فى الإجارة فمتباينان : قالوا لايجب الأجر فى الباطلة كما إذا استأجر أحد الشريكين شريكه لحمل طعام مشترك ، ويجب أجر المثل فى الفاسدة . وأما فى الرهن : فقال فى جامع الفصولين فاسده يتعلق به الضمان وباطله لايتعلق به الضمان بالإجماع ، ويملك الحبس للدين فى فاسده دون باطله . ومن الباطل لو رهن شيئاً بأجر نائحة أو مغنية » (الأشباه والنظائر ص ١٨٥) . وفى المثل الأخير — رهن شىء بأجر نائحة أو مغنية — يرجع البطلان إلى عدم مشروعية السبب كما سبق القول .

وإذا نفذ وجب الرد وإعادة الحال إلى ما كانت عليه :

وما دام العقد الباطل لاوجود له شرعا ولاينتج أى أثر ، فأنه يترتب على ذلك أن أحد العاقدين لايملك أن يجبر الآخر على تنفيذه . وإذا نفذ العاقد باختياره ، سواء كان يعلم بالبطلان أو لايعلم ، كان له أن يسترد ماسلمه تنفيذا للعقد . ففى البيع الباطل مثلا ، لايجوز للمشترى أن يجبر البائع على تسليم المبيع ، ولا للبائع أن يجبر المشترى على دفع الثمن . ولو سلم البائع باختياره

المبيع للمشترى ، أو دفع المشترى باختياره الثمن للبائع ، كان للبائع أن يسترد المبيع وللمشترى أن يسترد الثمن .

ولو تسلم المشترى بعقد باطل المبيع وتصرف فيه لآخر بالبيع مثلا ، فإن تصرف المشترى لا يمنع البائع من استرداد المبيع من يد المشترى الثانى . ذلك أن البيع الباطل لم ينقل الملكية للمشترى ، فيكون المشترى قد باع مالا غير مملوك له ، فالبيع موقوف على إجازة المالك وهو هنا البائع . فإذا لم يجزه ، كان له أن يسترده ، كما تقدم القول .

جاء فى الفتاوى الخانية : « بيع الصبى الذى لا يعقل والمجنون . . باطل . . والبيع الباطل لا يفيد الملك وإن اتصل به القبض ، حتى لو كان المبيع عبدا فأعتقه لا ينفذ إعتاقه . . ولو باع أم الولد وسلمها ، لا يملكها المشترى . . والمشترى بالميتة والدم لا يملك وأن قبض » (هامش الفتاوى الهندية ٢ ص ١٣٣) .

والظاهر أن مذهب مالك يجعل الرد يفوت فى البيع الباطل — وهو والفاسد سواء فى هذا المذهب — بخروج المبيع عن يد المشترى ببيع صحيح أو عتق أو هبة أو صدقة ، وبتعلق حق للغير بالبيع ، كرهنه إذا لم يقدر الراهن على خلاصه لعسره فلو قدر لملاءته لم يكن فوتا ، وكإجارته اللازمة (الشرح الكبير للدردير فى هامش الدسوقى ٣ ص ٧٤) . فيحمى المذهب المالكى الغير فى العقد الباطل ، كما يحميه المذهب الحنفى فى العقد الفاسد على ما سنرى ، لاختلاط العقد الباطل بالعقد الفاسد فى مذهب مالك كما تقدم القول . ولو فات المبيع باطلا على البائع ، على النحو الذى رأيناه ، وجب على المشترى أن يرد للبائع القيمة فى القيمى والمثل فى المثلى . فإذا زال المفيت ارتفع حكمه ، ووجب رد المبيع باطلا للبائع إن عاد لحالته الأصلية ، سواء كان عوده اختياريا أو ضروريا كإرث . وهذا مالم يحكم حاكم بعدم الرد ، أو كان الفوات راجعا إلى تغير السوق ثم عاد السوق إلى حالته الأولى ، فلا يرتفع حكم المفيت ولا يجب على المشترى الرد (الشرح الكبير للدردير فى هامش الدسوقى ٣ ص ٧٥) .

ويفوت الرد أيضا فى مذهب مالك بتغير المبيع زيادة أو نقصا فى يد المشترى (الشرح الكبير للدردير فى هامش الدسوقى ٣ ص ٧٢ — ٧٣).

ولا ترد عليه الاجازة ويتمسك بالبطلان كل ذى مصلحة:

ولما كان العقد الباطل غير موجود شرعا ، فأنه لايتصور أن تلحقه الإجازة إذ الإجازة لاتلحق إلا عقدا موجودا قابلا لإنتاج أثره فينفذ بالإجازة . والعقد الباطل ، كتصرف شرعى ، معدوم وغير قابل لإنتاج أى أثر ، ومن ثم لاتمكن إجازته .

وإذا كان العقد الباطل منعدما ، فلكل ذى مصلحة أن يتمسك بالبطلان . يتمسك به كل من العاقدين ، وقد رأينا أن البائع فى البيع الباطل لايجبر على تسليم المبيع ويسترده إذا كان قد سلمه وهذا عن طريق التمسك بالبطلان، ورأينا أن المشترى لا يجبر على دفع الثمن ويسترده إذا كان قد دفعه وهذا أيضاً عن طريق التمسك بالبطلان . كذلك الشفيع لايملك الأخذ بالشفعة فى بيع باطل ، إذ يستطيع البائع أن يتمسك ببطلان البيع لمنعه من الأخذ بالشفعة، وهنا المتمسك بالبطلان هو أحد العاقدين ولكن يتمسك به ضد الغير لاضد العاقد الآخر . كذلك يجوز للمرتهن أن يتمسك ببطلان البيع الصادر من الراهن للعين المرهونة ، وللمستأجر أن يتمسك ببطلان البيع الصادر من المؤجر للعين المؤجرة ، فكل من المرتهن والمستأجر له مصلحة فى التمسك ببطلان البيع الباطل . وإذا مات من صدر منه بيع باطل ، دخلت العين المبيعة فى تركته ، وجاز لورثته أن يتمسكوا ببطلان البيع لأن لهم مصلحة فى ذلك .

ولكن العقد الباطل قد ينتج أثرا كواقعة مادية لا كتصرف شرعى:

والعقد الباطل إذا لم يكن له وجود شرعى فإن له وجودا فعلياً ، وإذا لم ينتج أثرا كتصرف شرعى فمن الجائز أن ينتج أثرا كواقعة مادية .

ونستعرض أثرين مما قد ينتجه العقد الباطل ، لا كتصرف شرعى ، بل كواقعة مادية :

(أولا) انتقال الضمان إلى المشترى : فإذا فرضنا ، فى عقد بيع باطل ، أن البائع سلم المبيع إلى المشترى ، فإن البيع الباطل كتصرف شرعى لا ينتج أثرا كما قدمنا ، فهو لا ينقل الملك للمشترى . وإذا هلك المبيع فى يد المشترى ، فقد كان ينبغى أن يهلك على البائع ، لأن المشترى قبض المبيع بإذنه دون أن ينتقل الملك إليه فيكون أمانة فى يده ، والأمانة تهلك على مالكها فتهلك هنا على البائع . ولكن تسليم البائع المبيع للمشترى وقد اقترن ببيع باطل ، وهذا البيع الباطل له وجود مادى ، فهو كواقعة مادية إذا اقترن بواقعة التسليم يجعل المشترى قد قبض المبيع بقصد تحقيق مصلحة له ، فليست يده إذن يد أمانة .

ومن هنا وجد رأيان فى الفقه الحنفى . رأى يقف عند تسليم المبيع بإذن البائع ، فيجعل يد المشترى يد أمانة ، ولا يرتب على اقتران التسليم بالبيع الباطل أى أثر ، ومن ثم يكون الهلاك على البائع . ورأى يرتب على اقتران التسليم بالبيع الباطل — بوصف البيع واقعة مادية لا تصرفاً شرعيا — أثرا ، إذ يجعل التسليم حاصلا لتحقيق مصلحة للمشترى فتكون يد المشترى يد ضمان ، ومن ثم يكون الهلاك عليه لا على البائع ، قياساً على سوم الشراء حيث يقبض العاقد العين لتحقيق مصلحة له فيكون الهلاك عليه .

وقد ورد فى البدائع فى هذا المعنى ما يأتى : « ثم إذا باع مالا بما ليس بمال حتى بطل البيع ، فقبض المشترى المال بإذن البائع ، هل يكون مضمونا عليه أو يكون أمانة ؟ اختلف المشايخ فيه . قال بعضهم يكون أمانة ، لأنه مال قبضه بإذن صاحبه فى عقد وجد صورة لا معنى ، فالتحق العقد بالعدم ، وبقى إذنه بالقبض . وقال بعضهم يكون مضمونا عليه ، لأن المقبوض على حكم هذا البيع لا يكون دون المقبوض على سوم الشراء ، وذلك مضمون فهذا أولى » (البدائع ٥ ص ٣٠٥) .

وجاء فى فتح القدير : « الباطل لا يفيد ملك التصرف . ولو هلك المبيع فى يد المشترى فيه — أى فى البيع الباطل — يكون أمانة عند بعض المشايخ — هو أبو نصر بن أحمد الطواويسى — وهو رواية الحسن عن أبى حنيفة . وعند البعض . كشمس الأئمة السرخسى وغيره ، يكون مضمونا بالمثل أو القيمة ،وهو قول الأئمة الثلاثة،لأنه لا يكون أدنى حالا من المقبوض على سوم الشراء . وقيل الأول قول أبى حنيفة رحمه الله والثانى قولهما ، كالخلاف الكائن بينهم فى أم الولد والمدبر إذا بيعا فماتا عند المشترى ، لا يضمنهما عند أبى حنيفة ، ويضمنهما عندهما . والمقبوض على سوم الشراء هو المأخوذ ليشترى مع تسمية الثمن بلا إبرام بيع ، كأن يقول أذهب بهذا فإن رضيته اشتريته بعشرة ، فإذا هلك ضمن قيمته . فإذا ضمن هذا مع أنه لم يوجد فيه صورة العلة ، فلأن يضمن فيما نحن فيه مع أنه وجد ذلك أولى . ولأبى نصر المروى عنه من عدم الضمان أن الضمان فى المقبوض على سوم الشراء ، إن قلت إنه عند صحة كون المسمى ثمنا كالدراهم على ما ذكرنا من قوله إن رضيته اشتريته بعشرة سلمناه ، وهو منتف فى تسمية المحرم كالخمر . وإن قلت عند التسمية مطلقاً منعناه ، فيجب تفصيله ، وهو أنه إن كان البطلان لعدم مالية الثمن أصلا لا يضمن وإن كان لعدم المبيع كما لو باعه على أنه ياقوت فإذا هو زجاج بثمن صحيح دراهم مثلا فقبضه يصير مضمونا » (فتح القدير ٥ ص ١٨٧ — ١٨٨) .

وجاء فى ابن عابدين : « قوله لأنه أمانة ، وذلك لأن العقد إذا بطل بقى مجرد القبض بإذن المالك ، وهو لا يوجب الضمان إلا بالتعدى : درر . قوله وصحح فى القنية ضمانه الخ ، قال فى الدرر وقيل يكون مضمونا ، لأنه يصير كالمقبوض على سوم الشراء ، وهو أن يسمى الثمن فيقول أذهب بهذا فإن رضيت به اشتريته بما ذكر . أما إذا لم يسمه فذهب به فهلك عنده ،لا يضمن . نص عليه الفقيه أبو الليث ، قيل وعليه الفتوى ، كذا فى العناية اهـ . . . لكن فى النهر واختار السرخسى وغيره أن يكون مضمونا بالمثل أو بالقيمة،

لأنه لا يكون أدنى حالا من المقبوض على سوم الشراء ، وهو قول الأئمة الثلاثة . وفى القنية أنه الصحيح ، لكونه قبضه لنفسه ، فشابه الغصب . وقيل الأول قول أبى حنيفة والثانى قولهما » (ابن عابدين ٤ ص ١٦٣ — وانظر أيضاً البحر الرائق ٦ ص ٧٢ — الزيلعى ٤ ص ٤٤) .

ونرى من ذلك أن الصحيح من الرأيين فى المذهب الحنفى هو أن المبيع بعقد باطل يكون مضمونا فى يد المشترى ، لأن المشترى قبضه لنفسه ولتحقيق مصلحته ، فلا يكون أدنى حالا من المقبوض على سوم الشراء . وهذا هو الحكم فى مذهب مالك . جاء فى الحطاب : « وإنما ينتقل ضمان الفاسد (أى الباطل) بالقبض : هذا قول ابن القاسم . وأما الملك فقال فى التوضيح وإن قلنا إن الضمان فى المبيع بيعاً فاسدا ينتقل بالقبض ، فالملك لا ينتقل بذلك ، بل لا بد من ضميمة الفوات » (الحطاب ٤ ص ٣٨٠) . وجاء فى الشرح الكبير للدردير : « ولما أنهى الكلام على ما أراد من البياعات التى ورد النهى عنها ، أتبع ذلك بما يوجب ضمان المبيع على المشترى فيها . فقال وإنما ينتقل ضمان مبيع البيع الفاسد ، على البت متفقا عليه أم لا ، إلى المشترى بالقبض المستمر ، نقد المشترى الثمن أم لا ، كان المبيع يدخل فى ضمان المشترى فى البيع الصحيح بالعقد أو بالقبض . وتقييد القبض بالمستمر للاحتراز عما لو رد المشترى السلعة لبائعها على وجه الأمانة أو غيرها ، كما لو استثنى ركوبها مدة وأخذها بعد قبض المشترى لها فاسدا فهلكت فالضمان على البائع . ورد المبيع فاسدا لربه إن لم يفت وجوباً ، ويحرم انتفاع المشترى به مادام قائما . ولا غلة تصحبه فى رده ، بل يفوز بها المشترى لأنه كان ضمانه والغلة بالضمان . ولا يرجع على البائع بالنفقة ، لأن من له الغلة عليه النفقة ، فإن أنفق على مالا غلة له رجع بها ، وإن أنفق على ماله غلة لا تفى بالنفقة رجع بزائد النفقة . فإن فات المبيع فاسدا بيد المشترى ، مضى المختلف فيه ولو خارج المذهب بالثمن الذى وقع به البيع ، وإلا يكن مختلفا فيه بل متفقا على فساده (وهو الباطل) ، ضمن المشترى قيمته إن كان مقوما حينئذ أى حين القبض ..

وضمن مثل المثلى إذا بيع كيلا أو وزنا وعلم كيله أو وزنه ولم يتعذر وجوده، وإلا ضمن قيمته يوم القضاء عليه بالرد، ومحل رد القيمة فى الجزاف حيث لم تعلم مكيلته بعد وإلا وجب رد المثل» (الشرح الكبير للدردير فى هامش الدسوقى ٣ ص ٧٠ — ص ٧١ — وانظر أيضا حاشية الصاوى على الشرح الصغير ٢ ص ٣٥ — ص ٣٦ — الخرشى ٥ ص ٨٥ — ص ٩٣).

وبعد هذا يتبين أن البيع الباطل ينتج أثرا كواقعة مادية، فهو إذا اقترن بالقبض يجعل المبيع فى يد المشترى مضمونا عند الهلاك.

(ثانيا) عقد الزواج: الزواج باطلا كان أو فاسدا — لأن بطلان الزواج وفساده سيان حتى فى المذهب الحنفى — ليس له وجود شرعى، وإن كان له وجود فعلى. فلا ينتج أثره كتصرف شرعى، ولكن ينتج بعض الآثار كواقعة مادية إذا اقترن بالدخول على الزوجة. فالدخول مقترنا بعقد زواج باطل أو فاسد واقعة مادية تستوجب طبيعتها آثاراً معينة، كدرء الحد وثبوت النسب ووجوب العدة والمهر.

جاء فى البدائع فى هذا الصدد ما يأتى: «وأما النكاح الفاسد، فلا حكم له قبل الدخول. وأما بعد الدخول، فيتعلق به أحكام. منها ثبوت النسب، ومنها وجوب العدة، وهو حكم الدخول فى الحقيقة. ومنها وجوب المهر. والأصل فيه أن النكاح الفاسد ليس بنكاح حقيقة، لانعدام محله أعنى محل حكمه وهو الملك، لأن الملك يثبت فى المنافع ومنافع البضع ملحقة بالأجزاء والحر بجميع أجزائه ليس محلا للملك لأن الحرية خلوص، ولأن الملك فى الآدمى لايثبت إلا بالرق والحرية تنافى الرق. إلا أن الشرع أسقط اعتبار المنافى فى النكاح الصحيح لحاجة الناس إلى ذلك، وفى النكاح الفاسد بعد الدخول لحاجة الناكح إلى درء الحد وصيانة مائه عن الضياع بثبوت النسب، ووجوب العدة، وصيانة البضع المحترم عن الاستعمال من غير غرامة ولا عقوبة فوجب المهر. فجعل منعقدا فى حق المنافع المستوفاة لهذه الضرورة،

ولا ضرورة قبل إستيفاء المنافع وهو ما قبل الدخول فلا يجعل منعقداً قبله ... ثم اختلف فى تقدير هذا المهر وهو المسمى بالعقر . قال أصحابنا الثلاثة يجب الأقل من مهر مثلها ومن المسمى ، وقال زفر يجب مهر المثل بالغا مابلغ ، وكذا هذا الخلاف فى الإجارة الفاسدة. وجه قول زفر أن المنافع تتقوم بالعقد الصحيح والفاسد جميعا كالأعيان ، فيلزم إظهار التقوم وذلك بإيجاب مهر المثل بالغا مابلغ لأنه قيمة منافع البضع ، وإنما العدول إلى المسمى عند صحة التسمية ولم تصح ، لهذا المعنى أوجبنا كمال القيمة فى العقد الفاسد، كذا ههنا. ولنا أن العاقدين ماقوما المنافع بأكثر من المسمى ، فلا تتقوم بأكثر من المسمى ، فحصلت الزيادة مستوفاة من غير عقد فلم تكن لها قيمة .إلا أن مهر المثل إذا كان أقل من المسمى لايبلغ به المسمى ، لأنها رضيت بذلك القدر لرضاها بمهر مثلها . واختلف أيضا فى وقت وجوب العدة أنها من أى وقت تعتبر . قال أصحابنا الثلاثة إنها تجب من حين يفرق بينهما ، وقال زفر من آخر وطء وطئها حتى لو كانت قد حاضت ثلاث حيض بعد آخر وطء وطئها قبل التفريق فقد انقضت عدتها عنده . وجه قوله أن العدة تجب بالوطء ، لأنها تجب لاستبراء الرحم وذلك حكم الوطء، ألا ترى أنها لاتجب قبل الوطء، وإذا كان وجوبها بالوطء تجب عقيب الوطء بلا فصل كأحكام سائر العلل .ولنا أن النكاح الفاسد بعد الوطء منعقد فى حق الفراش لما بينا ، والفراش لايزول قبل التفريق ، بدليل أنه لو وطئها قبل التفريق لا حد عليه ولا يجب عليه بتكرار الوطء إلا مهر واحد ، ولو وطئها بعد التفريق يلزمه الحد ، ولو دخلته شبهة حتى امتنع وجوب الحد يلزمه مهر آخر ،فكان التفريق فى النكاح الفاسد بمنزلة الطلاق فى النكاح الصحيح ، فيعتبر ابتداء العدة منه كما تعتبر من وقت الطلاق فى النكاح الصحيح . والخلوة فى النكاح الفاسد لاتوجب العدة، لأنه ليس بنكاح حقيقة إلا انه ألحق بالنكاح فى المنافع المستوفاة حقيقة مع قيام المنافع لحاجة الناكح إلى ذلك،فيبقى فى حق غير المستوفى على أصل العدم، ولم يوجد استيفاء المنافع حقيقة بالخلوة » (البدائع ٥ ص٣٣٥) .

وقد يقال إن الآثار التى تترتب على الزواج الباطل — أو الفاسد — إنما تترتب لا على واقعة الزواج المادية ، بل على واقعة مادية أخرى هى واقعة الدخول بالزوجة . ويقول الأستاذ محمد أبوزهرة فى هذا الصدد : «وقد قرروا أن ذلك ليس موجب النكاح، ولكنه مقتضى الدخول مع شبهة العقد. وهو يثبت للوطء بشبهة ولو لم يكن عقد ، لأن الشبهة هنا الجهل الذى لم تتوافر معه أسباب العلم» (الملكية ونظرية العقد فى الشريعة الأسلامية ص ٣٦٤).

وهذا القول صحيح فيما لو أخذنا برأى زفر السابق الذكر فيما يتعلق بابتداء العدة، فإن زفر لا يجعل لواقعة الزواج الباطل أى أثر فى هذه المسألة بل يجعل الأثر لواقعة الدخول ، فيعتبر بداية العدة من وقت آخر اتصال بالمرأة لا من وقت التفريق . أما لو أخذنا برأى الأئمة الثلاثة — أبى حنيفة وصاحبيه — وجب أن نعتد ، إلى جانب واقعة الدخول ، بواقعة الزواج الباطل ذاته ، فالمهر المسمى يدخل فى الحساب اذا كان أقل من مهر المثل ، والعدة لا تبدأ إلا من وقت التفريق أى من وقت زوال واقعة الزواج المادية . بل إنه يمكن القول ، أخذا برأى الأئمة الثلاثة ، إن الزواج الباطل أو الفاسد يبقى منعقدا فى حق المنافع المستوفاة حقيقة ، ويبقى فى حق غير المستوفى على أصل العدم، وهو مايصرح به صاحب البدائع فيما قدمناه .

انتقاص العقد فى حالة البطلان :

ويمكن القول بأن الفقه الاسلامى يعرف فكرة انتقاص العقد فى حالة البطلان . ونستعرض فى هذا العدد بعض النصوص الفقهية فى كل من المذاهب الأربعة .

ففى مذهب مالك جاء فى القوانين الفقهية لابن جزى : «إذا اشتملت الصفقة على حلال وحرام ، كالعقد على سلعة وخمر أو خنزير أو غير ذلك ، فالصفقة كلها باطلة . وقيل يصح البيع فيما عدا الحرام

بقسطه من الثمن . ولو باع الرجل ملكه وملك غيره فى صفقة واحدة ، صح البيع فيهما ، ولزمه فى ملكه ، ووقف اللزوم فى ملك غيره على إجازته » (القوانين الفقهية ص ٢٦٠) . ونرى من ذلك أن البيع ، فى مذهب مالك ، إذا كان فى شق منه صحيحا وفى شق باطلا ، ففى رأى تكون الصفقة كلها باطلة ، وفى رأى آخر ينتقص البيع ، فيزول الشق الباطل ويبقى الشق الصحيح بقسطه من الثمن . أما إذا كان البيع فى شق منه نافذا وفى شق موقوفا ، صح البيع فى الشقين . فإذا أجيز الشق الموقوف ، نفذ البيع فى الشقين جميعا . وإذا لم يجز الشق الموقوف ، انتقص العقد فنفذ فى شق وسقط فى الشق الآخر .

وفى المذهب الحنفى تفصيل ننقله عن الزيلعى فيما يأتى : « ومن جمع بين حر وعبد ، أو بين شاة ذكية وميتة ، بطل البيع فيهما . وإن جمع بين عبد ومدبر او بين عبده وعبد غيره او بين ملك ووقف ، صح فى القن وعبده والملك . اما الأول فالمذكور على إطلاقه قول ابى حنيفة ، وعندهما إن بين ثمن كل واحد منهما جاز فى العبد والذكية وإلا فلا . لأنه إذا بين ثمنها صارا صفقتين ، فيتقدر الفساد بقدر المفسد ، بخلاف ما إذا لم يسم لكل واحد ثمنا لأنه يبقى بيعا بالحصة ابتداء وهو لا يجوز . وله أن الصفقة متحدة فلا يمكن وصفها بالصحة والفساد فتبطل ، وهذا لأن الحر والميتة لا يدخلان فى العقد لعدم شرطه وهو المالية ، فيكون قبول العقد فى الحر والميتة شرطا لجواز العقد فى العبد والذكية فيبطل . واما الثانى فهو قول علمائنا الثلاثة . وقال زفر لا يصح لأن محل العقد المجموع ، ولا يتصور ذلك لانتفاء المحلية فى المدبر ونحوه كأم الولد والمكاتب ، وقد جعل قبول العقد فيه شرطا لصحة العقد فى المال ، فيفسد كالفصل الأول . والفرق بين الفصلين — لأبى حنيفه مطلقا ولهما إذا لم يفصل الثمن — أن المدبر ونحوه يدخل تحت البيع ، ثم ينقض فى حقه ، فينقسم الثمن عليهما حالة البقاء وهو غير مفسد . وفى الفصل الأول الحر ونحوه لا يدخل فى البيع اصلا ، فلو جاز البيع فيما ضم إليه لكان بيعا بالحصة ابتداء فلا يجوز لجهالة الثمن عند العقد . . . والدليل على ان المدبر وأم الولد والمكاتب

وعبد الغير يدخل فى البيع أن القاضى لو قضى بجواز بيع المدبر وأم الولد ينفذ ، وفى المكاتب ينفذ برضاه فى الأصح . وفى عبد الغير بإجازة مولاه ، ولولا أنهم مال ولم يدخلوا فى العقد لما نفذ كما فى الحر والميتة ،وإنما يخرجون من العقد بعد الدخول لاستحقاقهم أنفسهم فى المدبر وأم الولد والمكاتب وفى عبد الغير لأجل مولاه ، فلا يكون بيعا بالحصة ابتداء بل فى حالة البقاء فلا يفسد . وفيما إذا جمع بين مال ووقف روايتان : فى رواية يفسد فى الملك لأن البيع لا ينعقد على الوقف لأنه صار محررا عن الملك والتملك ، فصار كما لو جمع بين حر وعبد ، ذكره الفقيه أبو الليث فى نوازله .والأصح أنه يجوز فى الملك ، لأن الوقف مال ولهذا ينتفع به انتفاع الأموال ، غير أنه لا يباع لأجل تعلق حق به ، وذلك لا يوجب فساد العقد فيما ضم إليه كالمدبر ونحوه . بخلاف المسجد حيث يبطل العقد فيما ضم اليه لأنه ليس بمال ولهذا لا ينتفع به انتفاع الأموال ، فصار كالحر . » (الزيلعى ٤ ص ٦٠ — ص ٦١ . وانظر أيضا : المبسوط ١٣ ص ٣ - ص ٥ - البحر الرائق ٦ ص ٩٠ - ص ٩١ - الفتاوى الهندية ٣ ص ١٣١ - ص ١٣٣) .

ويبدو من هذه النصوص أن انتقاص العقد لا يتم على النحو الذى يتم به فى الفقه الغربى . ففى الفقه الغربى ، كما رأينا ، ينتقص العقد إلا إذا تبين أنه ما كان ليتم بغير الشق الذى وقع باطلا أو قابلا للإبطال ، فالعبرة إذن بقصد العاقدين . أما فى الفقه الحنفى فيتم الانتقاص على أساس موضوعى لا على أساس ذاتى . ذلك أنه لا يجوز البيع بالحصة من الثمن ابتداء ، ويجوز ذلك بقاء . فإذا كان البيع فى شق نافذا وفى شق موقوفا ، دخل المبيع كله فى العقد إذ ينعقد البيع فى الشقين ، فإذا سقط الشق الموقوف لعدم إجازته ، بقى الشق النافذ بحصته من الثمن ، وهذا جائز لجواز البيع بالحصة من الثمن بقاء كما قدمنا . ويتفق فى هذا الرأى الأئمة الثلاثة ، ويخالفهم زفر فهو يذهب إلى عدم جواز انتقاص العقد فى أية حالة لأن العقد قد وقع على المجموع والمجموع لا يتجزأ . أما إذا كان البيع فى شق صحيحا وفى شق باطلا ، لم يدخل فى العقد إلا الشق

الصحيح لعدم الانعقاد فى الشق الباطل ، فيكون بقاء الشق الصحيح وحده بيعا بالحصة من الثمن ابتداء وهذا لا يجوز ، فيسقط الشقان معاً — الباطل والصحيح — ولا ينتقص العقد فيبقى الصحيح ويسقط الباطل. ويستثنى من ذلك، عند الصاحبين ، أن يعين ابتداء لكل شق حصته من الثمن ، فعند ذلك تعتبر الصفقه صفقتين مستقلتين تجوز فيهما التجزئة، فتصح واحدة وتبطل الأخرى. وفى هذه الحالة الأخيرة ينتقص العقد عند الصاحبين ، فيبقى الشق الصحيح قائما لأنه ليس بيعا بالحصة من الثمن ابتداء ، بل هو ليس بيعا بالحصة من الثمن أصلا إذ قد عين الثمن فى هذا الشق الصحيح مستقلا منذ البداية .

وفى مذهب الشافعى خلاف فى جواز انتقاص العقد ننقله عن المهذب للشيرازى فيما يأتى : « إذا جمع فى البيع بين مايجوز بيعه وبين مالا يجوز بيعه ، كالحر والعبد وعبده وعبد غيره ، ففيه قولان . أحدهما تفرق الصفقة فيبطل البيع فيما لايجوز ويصح فيما يجوز ، لأنه ليس إبطاله فيهما لبطلانه فى أحدهما بأولى من تصحيحه فيهما لصحته فى أحدهما ، فبطل محل أحدهما دون الآخر وبقيا على حكمهما ، فصح فيما يجوز وبطل فيما لايجوز . والقول الثانى أن الصفقة لاتفرق فيبطل العقد فيهما ، واختلف أصحابنا فى علته . فمنهم من قال يبطل لأن العقد جمع حلالا وحراما فغلب التحريم ، كما لو جمع بين أختين فى النكاح أو باع درهما بدرهمين . ومنهم من قال يبطل لجهالة الثمن ، وذلك أنه إذا باع حرا وعبدا بألف ، سقط مايخص الحر من الثمن ، فيصير العبد مبيعا بما بقى ، وذلك مجهول فى حال العقد فيبطل ، كما لو قال بعتك هذا العبد بحصته من ألف درهم . فإن قلنا بالتعليل الأول ، بطل البيع فيما ينقسم الثمن فيه على القيمة كالعبدين وفيما ينقسم الثمن فيه على الأجزاء كالعبد الواحد نصفه له ونصفه لغيره أو كرين من طعام أحدهما له والآخر لغيره ، وكذلك لو جمع بين مايجوز ومالا يجوز فى الرهن أو الهبة أو النكاح بطل فى الجميع ، لأنه جمع بين الحلال والحرام . وإن قلنا إن العلة جهالة العوض ، لم يبطل البيع

فيما ينقسم الثمن فيه على الأجزاء لأن العوض غير مجهول ، ولا يبطل الرهن والهبة لأنه لا عوض فيه ، ولا يبطل النكاح لأن الجهل بالعوض لا يبطله . فإن قلنا إن العقد يبطل فيهما ، رد المبيع واسترجع الثمن . وإن قلنا إنه يصح فى أحدهما ، فله الخيار بين فسخ البيع وبين إمضائه لأنه يلحقه ضرر بتفريق الصفقه فثبت له الخيار . فإن اختار الإمساك ، فبكم يمسك؟فيه قولان : أحدهما يمسك بجميع الثمن أو يرد لأن مالا يقابل العقد لا ثمن له فيصير الثمن كله فى مقابلة الآخر ، والثانى أنه يمسكه بقسطه لأنه لم يبذل جميع العوض إلا فى مقابلتهما فلا يؤخذ منه جميعه فى مقابلة أحدهما .. فإن قلنا يمسك بجميع الثمن لم يكن للبائع الخيار لأنه لا ضرر عليه . وإن قلنا يمسك بحصته ، فهل للبائع الخيار ؟ فيه وجهان : أحدهما أن له الخيار لأنه تبعضت عليه الصفقة فيثبت له الخيار كما يثبت للمشترى ، والثانى لا خيار له لأنه دخل على بصيرة لأن الحر لا يؤخذ منه بثمن (المهذب ١ ص ٢٦٩ — وانظر أيضا الوجيز للغزالى ١ ص ١٤٠) .

ونلاحظ أنه لايرد فى مذهب الشافعى أن يكون العقد فى شق نافذا وفى شق موقوفا ، فالعقد الموقوف فى هذا المذهب كالعقد الباطل . والصورة التى ترد هى أن يكون العقد فى شق صحيحا وفى شق باطلا . وفى المذهب آراء ثلاثة : (١) رأى يذهب إلى جواز انتقاص العقد دائما ، فيبقى الشق الصحيح قائما ويسقط الشق الباطل ، وللمشترى الخيار بين فسخ البيع فى الشق الصحيح وبين إمضائه لتفرق الصفقة عليه . فإذا أمضاه ، دفع كل الثمن فى قول ، ودفع قسط الشق الصحيح من الثمن فى قول آخر . وعلى هذا القول الآخر يكون للبائع الخيار لتفرق الصفقة عليه فى قول ، وليس له الخيار فى قول آخر . (٢) ورأى ثان يذهب إلى عدم جواز انتقاص العقد إطلاقا ، لأن العقد جمع حلالا وحراما فغلب التحريم . فيبطل العقد فى الشقيق جميعا ويرد المشترى المبيع كله ويسترد الثمن . (٣) ورأى ثالث يذهب إلى عدم جواز انتقاص

العقد عند جهالة الثمن ، وجواز الانتقاص فيما ينقسم الثمن فيه على الأجزاء لأن العوض غير مجهول وفيما لا عوض فيه كالرهن وفيما لا يبطله الجهل بالعوض كالنكاح . فإذا لم يجز انتقاص العقد لجهالة الثمن ، سقط العقد فى شقيه جميعا ، ورد المشترى المبيع كله واسترد الثمن . وإذا جاز انتقاصه فى الأحوال المشار إليها ، بقى الشق الصحيح قائما وسقط الشق الباطل، وللمشترى الخيار بين فسخ البيع فى الشق الصحيح وبين إمضائه لتفرق الصفقة عليه ، على التفصيل الذى أشرنا إليه فيما تقدم .

وفى المذهب الحنبلى خلاف أيضا ننقله عن المغنى فيما يأتى : « . . (الثانى) أن يكون المبيعان مما ينقسم الثمن عليهما بالأجزاء ، كعبد مشترك بينه وبين غيره باعه كله بغير إذن شريكه وكقفيزين من صبرة واحدة باعهما من لا يملك إلا بعضهما ، ففيه وجهان : أحدهما يصح فى ملكه بقسطه من الثمن ويفسد فيما لا يملكه ، والثانى لا يصح فيهما لأن الصفقة جمعت حلالا وحراما فغلب التحريم ، ولأن الصفقة إذا لم يمكن تصحيحها فى جميع المعقود عليه بطلت فى الكل كالجمع بين الأختين وبيع درهم بدرهمين . ولنا أن كل واحد منهما له حكم لو كان منفردا ، فإذا جمع بينهما ثبت لكل واحد منهما حكمه كما لو باع شقصا وسيفا ، ولأن مايجوز له بيعه قد صدر فيه البيع من أهله فى محله بشرطه فصح كما لو انفرد ، ولأن البيع سبب اقتضى الحكم فى محلين وامتنع حكمه فى أحد المحلين لنبوته عن قبوله فيصح فى الآخر كما لو أوصى بشىء لآدمى وبهيمة . واما الدرهمان والأختان فليس واحد منهما اولى بالفساد من الآخر فلذلك فسد فيهما، وههنا بخلافه. (القسم الثالث) أن يكون المبيعان معلومين مما لا ينقسم عليهما الثمن بالأجزاء ، كعبد وحر وخل وخمر وعبده وعبد غيره وعبد حاضر وآبق، فهذا يبطل البيع فيما لا يصح بيعه، وفى الآخر روايتان. . . . والقول بالفساد فى هذا القسم اظهر. والحكم فى الرهن والهبة وسائر العقود إذا جمعت مايجوز ومالا يجوز كالحكم فى البيع ، إلا ان الظاهر فيها الصحة ، لأنها ليست عقود معاوضة فلا توجد جهالة العوض فيها . . . . ومتى حكمنا بالصحة فى تفريق الصفقة وكان المشترى عالما بالحال ، فلا خيار له لأنه دخل على بصيرة . وإن لم يعلم ،

مثل ان اشترى عبدا يظنه كله للبائع فبان أنه لا يملك إلا نصفه او عبدين فتبين انه لا يملك إلا أحدهما ، فله الخيار بين الفسخ والامساك لأن الصفقة تبعضت عليه. وأما البائع فلا خيار له ، لأنه رضى بزوال ملكه عما يجوز بيعه بقسطه (المغنى ٤ ص ٢٩١ - ص ٢٩٣ - وانظر ايضا المرداوى ٤ ص ٣١٦ - ص ٣٢٣).

فالظاهر فى مذهب أحمد أنه يجوز انتقاص العقد إذا كان العوض ينقسم على المحل بالأجزاء او كان العقد ليس معاوضة كالرهن والهبة ، فى الحالتين لا توجد جهالة العوض. ويبقى الشق الصحيح فى العقد قائما ، ويسقط الشق الباطل. ولا خيار للمشترى إن كان عالما بأن أحد شقى العقد باطل لأنه دخل على بصيرة ، وإلا فله الخيار. أما البائع فلا خيار له إطلاقا ، لأنه رضى بزوال ملكه عما يجوز بيعه بقسطه .

ويتبين مما قدمناه من أحكام انتقاص العقد فى المذاهب المختلفة أن نظرية انتقاص العقد معروفة فى الفقه الاسلامى ، ولكن المعيار فيها موضوعى ، بخلاف الفقه الغربى فالمعيار فيه ذاتى .

المبحث الثانى

حكم العقد الفاســد

تمييز العقد الفاسد فى المذهب الحنفى :

يتميز العقد الفاسد ، كمرتبة خاصة فى البطلان ، فى المذهب الحنفى دون غيره من المذاهب كما قدمنا. فى المذاهب الأخرى لا تمييز بين عقد باطل وعقد فاسد ، وسواء كان العقد غير مشروع بأصله ووصفه أو كان مشروعا بأصله غير مشروع بوصفه ، فالعقد باطل فى الحالتين .

أما المذهب الحنفى فيقيم العقد الفاسد إلى جانب العقد الباطل ، ويرسم لكل منطقة سبق تحديدها ، ثم يجعل للعقد الفاسد أحكاما تتميز عن أحكام

العقد الباطل ، إذ يجعل العقد الفاسد منعقداً له وجود شرعى ، ويرتب على هذا الوجود بعض الآثار .

فنتكلم إذن فى مسألتين : (١) التميز بين العقد الباطل والعقد الفاسد فى المذهب الحنفى (٢) الآثار التى تترتب على العقد الفاسد .

المطلب الأول

التميز بين العقد الباطل والعقد الفاسد

فى المذهب الحنفى

أساس التفريق بين العقد الباطل والعقد الفاسد :

يقوم التفريق بين العقد الباطل والعقد الفاسد عند الحنفية على أساس التميز بين أصل العقد ووصفه . فأصل العقد هو الركن وشرائطه . والركن هو الإيجاب والقبول . وشرائط الركن فى الصيغة هى التوافق ما بين الإيجاب والقبول واتحاد المجلس، وفى العاقد العقل والتعدد ، وفى المعقود عليه الإمكان والتعين والصلاحية للتعامل. أما أوصاف العقد فيرجع أغلبها إلى المحل، فلا يكون المحل منهيا عنه ، ويكون منهيا عنه إذا كان هناك ضرر فى تسليمه أو دخله الغرر أو الشرط الفاسد أو الربا . ويبقى بعد ذلك وصف يرجع إلى الرضاء ، هو أن يخلو الرضاء من الإكراه . وقد سبق بيان كل ذلك .

فالحنفية يميزون ، فى العقد ، بين اختلال الأصل واختلال الوصف . فإن اختل الأصل ، بأن تخلف الركن أو شرط من شرائطه ، فالعقد باطل . وإن اختل الوصف، بأن تخلف أحد الأوصاف المتقدمة الذكر فدخل المحل الغرر أو الشرط الفاسد أو الربا أو الضرر عند التسليم أو شاب الرضاء إكراه ، فالعقد فاسد لا باطل .

أما المذاهب الأخرى فلا تميز بين اختلال الأصل واختلال الوصف . فسواء اختل الأصل والوصف معاً أو صح الأصل واختل الوصف ، فالعقد باطل أو فاسد ، والباطل والفاسد سيان .

ما تحتج به المذاهب الأخرى فى عدم التفريق بين العقد الباطل والعقد الفاسد :

وأهم ماتحتج به المذاهب الأخرى فى عدم التفريق بين العقد الباطل والعقد الفاسد أمران :

(أولا) أن كلا من العقد الباطل والعقد الفاسد منهى عنه شرعا . والعقد المنهى عنه يكون حراما ، والحرام لا يصلح سببا لثبوت الملك أو ترتيب الالتزام. وذلك أن إبرام العاقد لعقد منهى عنه عصيان لأمر الشارع ، فكيف يترتب أثر على أمر هو فى نظر الشارع عصيان! وإذا ورد نهى عن تصرف ، فذلك لايكون إلا لبيان إن هذا التصرف قد خرج عن الشرعية، وإذا أخرج الشارع تصرفا عن الشرعية فليس ذلك إلا حكما منه ببطلان هذا التصرف . وقد قال النبى عليه السلام : « كل عمل ليس عليه أمرنا فهو رد ، ومن أدخل فى ديننا ماليس منه فهو رد ». والتصرف المنهى عنه وقوع لهذا التصرف على غير ما أمر به الشارع ، فيكون رداً أى مردوداً . ومعنى رده ألا يكون له أثر ، وهذا هو معنى البطلان .

(ثانيا) يستوى أن يرد النهى عن أصل العقد أو عن وصفه، ففى الحالتين قد ورد النهى عن عقد إما أصلا وإما على وصف معين ، والمنع إن ورد على الوصف فقد ورد على الأصل . ذلك أن العقد اذا اختل وصفه، فدخله شرط فاسد مثلا ، لم يجز أن نعتد بهذا الشرط الفاسد وإلا لما كان هناك معنى للنهى عن الشرط الفاسد ، ولاختلط العقد الفاسد بالعقد الصحيح ، وهذا ممنوع . كذلك لايجوز أن نسقط الشرط الفاسد ونبقى سائر العقد ، فإن العاقدين قد توافقا على العقد جملة واحدة ، ويكون إسقاط الشرط الفاسد مخالفا لما اتفقا

عليه،مع أن أساس العقود التراضى ، وقد قال الله تعالى : « يأيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل ، إلا أن تكون تجارة عن تراض » ، وقال صلى الله عليه وسلم : « لايحل مال امرىء مسلم الا عن طيب نفسه » . فلم يبق إلا أن نسقط العقد والشرط معاً لنهى الشارع عن العقد المقترن بشرط فاسد ، فلا ينتج العقد الفاسد أى أثر ، ويختلط بالعقد الباطل ويكونان من البطلان بمنزلة سواء . ومن ثم لايجوز التمييز بين العقد الباطل والعقد الفاسد.

ما تحتج به الحنفية فى التفريق بين العقد الباطل والعقد الفاسد :

وتحتج الحنفية لوجوب التفريق بين العقد الباطل والعقد الفاسد على النحو الآتى :

(أولا) إذا ورد النهى عن البيع ، فإن النهى إنما يكون فى الحقيقة عن غير البيع لا عن عينه . ذلك لأن شرعية أصل البيع ثابتة،فالبيع سبب لثبوت الاختصاص واندفاع المنازعة ، ولا سبيل إلى استبقاء النفس بتوفير أسباب العيش من أكل وشرب وسكن ولباس إلا بثبوت الاختصاص واندفاع المنازعة أى بالبيع والشراء .وحتى لو سلم جواز ورود النهى عن البيع فى الجملة،فإن حمل ورود النهى عن غير البيع أولى ، لأن فى الحمل على البيع نسخ المشروعية وفى الحمل على غيره ترك العمل بحقيقة الكلام والحمل على المجاز.ولا شك أن الحمل على المجاز أولى من الحمل على التناسخ ، لأن الحمل على المجاز من باب نسخ الكلام والكلام وسيلة ، والحمل على التناسخ من باب نسخ الحكم والحكم هو المقصود ، ونسخ الوسيلة أولى من نسخ المقصود .

فإذا ثبت أن النهى عن البيع إنما هو نهى عن غير بيع لا عن عينه ، بقى أصل البيع قائما سليما من الخلل ،فانعقد،فيأتى من جهة النهى الفساد لا البطلان. ومن ثم يكون البيع الفاسد بيعا منعقدا،فيفيد الملك فى الجملة استدلالا بسائر البياعات المشروعة . والدليل على أنه بيع أن البيع فى عرف الشرع هو مبادلة مال متقوم بمال متقوم، وقد وجد، فكان بيعا .

(ثانيا) انعقد الإجماع على أن البيع الخالى من الشروط الفاسدة مشروع ومفيد للملك . وذكر هذه الشروط فى البيع لا يصح ، فالتحق ذكرها بالعدم . فالبيع مقترنا بهذه الشروط كالبيع خاليا عن المفسد ، وقد تقدم أن البيع الخالى عن المفسد مشروع ومفيد للملك بالإجماع .

(ثالثا) تجب التفرقة بين النهى الوارد على الأصل والنهى الوارد على الوصف . فالأول ينصب على ماهية العقد أى أركانه ، فلا يكون للعقدوجود فى نظر الشرع لعدم تحقق ماهيته . ولكن إذا وجدت الأركان سالمة عن النهى ، فقد وجدت الماهيه ، فانعقد العقد . فإن اقترن بوصف ملازم منهى عنه،وجدت ماهيةالتصرف سليمة من الخلل ولحق الخلل الوصف، فينعقد العقد ولايسرى إليه النهى الوارد فى الوصف إلا بمقدار اقترانه به وملازمته إياه. فيكون العقد منعقدا ، ولكن يجب فسخه مادام هذا الوصف مقترنابه ، فإذا زال الوصف زال الخلل . يؤيد ذلك أن الماهيته إذاكانت سالمة عن المفسدة وكان النهى فى وصف خارج عنها ، ثم قلنا بسقوط العقد مطلقا لسوينا بينه وبين العقد الذى لم تسلم ماهيته عن المفسدة،أو قلنا بصحةالعقد مطلقا لسوينا بينه وبين العقد الذى سلمت ماهيته وسلم وصفه عن المفسدة ، فلا بد إذن من مرتبة وسطى بين مرتبة البطلان المطلق حيث اختل الأصل والوصف، ومرتبة الصحة المطلقة حيث سلم الأصل والوصف ، وهـــذه هى مرتبة الفساد حيث سلم الأصل واختل الوصف .

(رابعا) إذا ورد النهى من الشارع لأمر خارج عن الأركان ، فالأركان سالمة والتصرف موجود بوجودها بالرغم من قيام النهى عن الوصف . ويمكن التوفيق بين الوجود والنهى ، فالوجود قائم من حيث أن الأركان سالمة ، والنهى يمكن إعماله من حيث نسخ التصرف ووجوب التخلص منه ، وهذا هو حكم العقد الفاسد .

والتوفيق بين الوجود والنهى غير ممكن إلا فى المعاملات . أما العبادات

فهى قربات خالصة ، والنهى عصيان ولايتصور اجتماع نية القربة مع نية العصيان . ولذلك لاتكون العبادات إلاصحيحة أوباطلة ، والفاسدمنها يكون فى حكم الباطل . ويلحق عقد الزواج بالعبادات ، فلا فارق بين فاسد الزواج وباطله حتى عند الحنفية ، ويرجع ذلك إلى مافى الزواج من الحل والحرمة ومعنى التقرب به إلى الله تعالى ، فالتحق بالعبادات (الأستاذ على الخفيف فى أحكام المعاملات الشرعية ص٢١٨. وأنظر ايضاما نقله الأستاذ محمد أبو زهرة عن حاشية الأزميرى فى كتابه الملكية ونظرية العقد فى الشريعة الإسلامية فقرة ٢٢٩ ص٣٦٣ وماقاله تعقيبا على ذلك ص٣٦٤ — وانظر الاستاذ محمد يوسف موسى فى الأموال ونظرية العقدفى الفقه الإسلامى ص٦٢٨ ص ٤٤٤)

ولا شك فى أن تفريق الحنفية بين أصل العقد ووصفه ، والتمييز تبعا لذلك بين العقد الباطل والعقد الفاسد ، صناعة فقهية محكمة قد انفردوا بها ، وسنكشف عن روعة هذه الصناعة عندما نتكلم فى الآثار التى تترتب على العقد الفاسد . وقبل ذلك ننقل بعض النصوص الفقهية التى وردت فى شأن التفريق بين العقد الباطل والعقد الفاسد ، تأييدا وتفنيداً .

بعض النصوص الفقهية فى العقد الباطل والعقد الفاسد :

جاء فى التلويح للتفتازانى : «الفعل المتعلق بمقصود دنيوى إن وقع بحيث يوصل إليه فصحيح ، وإلا فإن كان عدم إيصاله إليه من جهة خلل فى أركانه وشرائطه فباطل ، وإلا ففاسد . . . فعلى ماذكرنا الصحة والبطلان والفساد معان متقابلة ، حاصلها أن الصحيح ما يكون مشروعا بأصله ووصفه . والباطل مالا يكون مشروعا بأصله ولا بوصفه ، والفاسد ما يكون مشروعا بأصله دون وصفه . وهذا معنى قولهم الصحيح ما استجمع أركانه وشرائطه ، بحيث يكون معتبراً شرعا فى حق الحكم . والفاسد ما كان مشروعا فى نفسه ، فائت المعنى من وجه لملازمة ما ليس بمشروع إياه بحكم الحال ، مع تصور الانفصال فى

الجملة . والباطل ما كان فائت المعنى من كل وجه مع وجود الصورة ، إما لانعدام معنى التصرف كبيع الميتة والدم ، أو لانعدام أهلية المتصرف كبيع الصبي والمجنون . وقد يطلق الفاسد على الباطل ، وعند الشافعى رحمه الله تعالى الباطل والفاسد اسمان مترادفان لما ليس بصحيح (التلويح ٢ ص ١٢٣) .

وجاء فى شرح الجلال على متن جمع الجوامع : « ويقابلها ، أى الصحة ، البطلان . فهو مخالفة الفعل ذى الوجهين وقوعا الشرع . . وهو . . الفساد أيضاً ، فكل منهما مخالفة ماذكر الشرع . خلافا لأبى حنيفة فى قوله مخالفة ماذكر الشرع بأن كان منهيا عنه . إن كانت (المخالفة) لكون النهى عنه لأصله فهى البطلان . . كما فى بيع الملاقيح وهى مافى البطون من الأجنة لانعدام ركن من البيع أى المبيع ، أو لوصفه فهى الفساد . . كما فى بيع الدرهم بالدرهمين لاستعماله على الزيادة فيأثم به ويفيد بالقبض الملك الخبيث . . فقد اعتد بالفاسد ، أما الباطل فلا يعتد به » (أنظر حاشية البنانى على شرح الجلال على متن جمع الجوامع جزء أول ص ١٠٥ — ١٠٧) .

وجاء فى الدسوقى : « اعلم أن النهى عن الشىء إما لذاته كالدم والخنزير ، أو لوصفه كالخمر وهو الإسكار ، أو لخارج عنه لازم كصوم يوم العيد لأن صومه يستلزم الإعراض عن ضيافة الله ، فإن كان النهى لواحد مما ذكر ، كان مقتضيا للفساد . وإن كان النهى عن الشىء الخارج عنه غير لازم ، كالصلاة فى الدار المغصوبة ، فلا يقتضى الفساد » (الدسوقى على الشرح الكبير للدردير ٣ ص ٥٣) .

وجاء فى الفروق للقرافى : « الفرق السبعون بين قاعدة اقتضاء النهى الفساد فى نفس الماهية وبين قاعدة اقتضاء النهى الفساد فى أمر خارج عنها — هذا الفرق بالغ أبو حنيفة فى اعتباره ، حتى أثبت عقود الربا وإفادتها الملك فى أصل المال الربوى ورد الزائد ، فإذا باع درهما بدرهمين أوجب العقد درهما من الدرهمين ويرد الدرهم الزائد ، وكذلك بقية الربويات . وبالغ قبالته

أحمد بن حنبل فى إلغاء هذا الفرق ، حتى أبطل الصلاة بالثوب المغصوب والوضوء بالماء المسروق والذبح بالسكين المغصوبة، وسوى فيه بين موارد النهى. وتوسط مالك والشافعى بين المذهبين ، فأوجبا الفساد فى بعض الفروع دون بعض . وأنا أذكر حجج الفريقين ، ثم أذيل ذلك بمسائل توضح الفرق — احتج أبو حنيفة رحمه الله بأن النهى إذا كان فى نفس الماهية ، كانت المفسدة فى نفس الماهية ، والمتضمن للمفسدة فاسد . فإن النهى إنما يعتمد المفاسد كما أن الأمر إنما يعتمد المصالح ، كالنهى عن بيع الخنزير والميتة وبيع السفيه . وتحريره أن أركان العقد أربعة ، عوضان وعاقدان. فتى وجدت الأربعة من حيث الجملة سالمة عن النهى ، فقد وجدت الماهية المعتبرة شرعا سالمة عن النهى، فيكون النهى إنما تعلق بأمر خارج عنها . ومتى انخرم واحد من الأربعة فقد عدمت الماهية ، لأن الماهية المركبة كما تعدم لعدم كل أجزائها تعدم لعدم بعض أجزائها. فإذا باع سفيه من سفيه خمرا بخنزير، فجميع الأركان معدومة ، فالماهية معدومة، والنهى والفساد فى نفس الماهية. وإذا باع رشيد من رشيد ثوبا بخنزير، فقد فقد ركن من الأربعة وهو أحد العوضين، فتكون الماهية معدومة شرعا. ولا فرق فى ذلك بين واحد من الأربعة أو اثنين أو أكثر .فإذا باع رشيد فضة بفضة ، فالأركان الأربعة موجودة سالمة عن النهى الشرعى، فإذا كانت إحدى الفضتين أكثر فالكثرة وصف حصل لأحد العوضين ، فالوصف متعلق النهى دون الماهية . فهذا هو تحرير كون النهى فى الماهية أو فى أمر خارج عنها. وخرج على ذلك جميع عقود الربا، وجميع ماهو من هذا الضابط على ماذكرته فى المثال . فتى وجدت الأركان كلها وأجزاء الماهية فالنهى فى الخارج ، ومتى كان النهى فى جزء من أجزاء الماهية أو فى جميع أجزائها فالنهى فى الماهية إذا تمرر هذا ، قال أبو حنيفة أصل الماهية سالم عن المفسدة ، والنهى إنما هو فى الخارج عنها . فلو قلنا بالفساد مطلقا ، لسوينا بين الماهية المتضمنة الفساد وبين السالمة عن الفساد . ولو قلنا بالصحة مطلقا ، لسوينا بين الماهية السالمة فى ذاتها وصفاتها وبين المتضمنة للفساد فى صفاتها وذلك غير جائز ، فإن

التسوية بين مواطن الفساد وبين السالم عن الفساد خلاف القواعد . فتعين حينئذ ان يقابل الأصل بالأصل ، والوصف بالوصف . فنقول اصل الماهية سالم عن النهى، والأصل فى تصرفات المسلمين وعقودهم الصحة حتى يرد نهى، فيثبت لأصل الماهية الأصل الذى هو الصحة ، ويثبت الوصف الذى هو الزيادة المتضمنة المفسدة الوصف العارض وهو النهى . فيفسد الوصف دون الأصل ، وهو المطلوب، وهو فقه حسن — واحتج أحمد بن حنبل رضى الله عنه بأن النهى يعتمد المفاسد،ومتى ورد نهى أبطلنا ذلك العقد وذلك التصرف بجملته ، فإن ذلك العقد إنما اقتضى تلك الماهية بذلك الوصف . أما بدونه فلم يتعرض له المتعاقدان ، فيبقى على الأصل غير معقود عليه ، فيرد من يد قابضه بغير عقد »(الفروق ٢ ص ٨٢ — ص٨٤). وجاء فى حاشية الفروق تعقيبا على ماتقدم : « قلت لقائل أن يقول ليس الأمر كذلك ،فإن الوصف إذا نهى عنه سرى النهى إلى الموصوف ، لأن الوصف لا وجود له مفارقا للموصوف . فيؤول الأمر إلى أن النهى يتسلط على الماهية الموصوفة بذلك الوصف ، فتكون الماهية على ضربين : عار عن ذلك الوصف فلا يتسلط النهى عليه ، ومتصف بذلك الوصف فيتسلط النهى عليه »(الفروق،ص٨٤) .

وجاء فى البدائع : « وقال الشافعى رحمه الله لاحكم للبيع الفاسد . فالبيع عنده قسمان ، جائز وباطل لا ثالث لهما ، والفاسد والباطل سواء . وعندنا الفاسد قسم آخر وراء الجائز والباطل . وهذا على مثال ما يقول فى أقسام المشروعات إن الفرض والواجب سواء،وعندناهما قسمان حقيقة على ماعرف فى أصول الفقه . وجه قوله أن هذا بيع منهى عنه فلا يفيد الملك ، قياسا على بيع الخمر والخنزير والميتة والدم . ودلالة الوصف ماروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال لاتبيعوا الدرهم بالدرهمين ولا الصاع بالصاعين . وروى أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع وشرط .وروى أنه عليه الصلاة والسلام قال لعتاب بن أسيد حين بعثه إلى مكة انههم عن أربع : عن بيع مالم يقبضوا ، وعن ربح مالم يضمنوا ، وعن شرطين فى بيع ، وعن بيع وسلف :

وروى انه عليه الصلاة والسلام قال لا تبيعوا الطعام بالطعام إلا سواء بسواء، ونحو ذلك والمنهى عنه يكون حراما، والحرام لا يصلح سببا لثبوت الملك، لأن الملك نعمة . والحرام لا يصلح سببا لاستحقاق النعمة . ولهذا بطل بيع الخمر والخنزير والميتة والدم ، فكذا هذا . ولنا أن هذا بيع مشروع ، فيفيد الملك فى الجملة ، استدلالا بسائر البياعات المشروعة . والدليل على أنه بيع أن البيع فى اللغة مبادلة شيء مرغوب بشيء مرغوب مالا كان أو غير مال ... وفى عرف الشرع هو مبادلة مال متقوم ، وقد وجد فكان بيعا . والدليل على انه مشروع النصوص العامة المطلقة فى باب البيع، من نحو قوله تعالى عز وجل : وأحل الله البيع ، وقوله عز شأنه : يأيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم، ونحو ذلك مما ورد من النصوص فى هذا الباب عاما مطلقا ، فمن ادعى التخصيص والتقييد فعليه الدليل . ولنا الاستدلال بدلالة الإجماع أيضا ، وهو أنا أجمعنا على أن البيع الخالى عن الشروط الفاسدة مشروع ومفيد للملك ، وقران هذه الشروط بالبيع ذكرا لم يصح ، فالتحق ذكرها بالعدم ، إذ الموجود الملحق بالعدم شرعا والعدم الأصلى سواء . وإذا ألحق بالعدم شرط فى نفس البيع ، كان كالبيع خاليا عن المفسد ، والبيع الخالى عن المفسد مشروع ومفيد للملك بالإجماع . وهذا استدلال قوى . واما النهى ، فالجواب عن التعلق به أن هذا نهى عن غير البيع لا عن عينه لوجوه ثلاثة . أحدها أن شرعية أصل البيع وجنسه ثبت معقول المعنى ، وهو أنه سبب لثبوت الاختصاص واندفاع المنازعة ، وانه سبب بقاء العالم إلى حين . إذ لا قوام للبشر إلا بالأكل والشرب والسكن واللباس ، ولا سبيل إلى استبقاء النفس بذلك إلا بالاختصاص به واندفاع المنازعة ، وذلك سبب الاختصاص واندفاع المنازعة ، وهو البيع . ولا يجوز ورود الشرع بالنهى عما عرف حسنه أو حسن أصله بالعقل، لأنه يؤدى إلى التناقض . ولهذا لم يجز النهى عن الإيمان بالله عز وجل وشكر النعم وأصل العبادات ، لثبوت حسنها بالعقل . فيحمل النهى المضاف إلى البيع على غيره

ضرورة . والثانى إن سلم جواز ورود النهى عن البيع فى الجملة ، لكن حمله على الغير ههنا أولى من وجهين . أحدهما أنه عمل بالدلائل بقدر الإمكان . والثانى أن فى الحمل على البيع نسخ المشروعية وفى الحمل على غيره ترك العمل بحقيقة الكلام والحمل على المجاز . ولا شك أن الحمل على المجاز أولى من الحمل على التناسخ ، لأن الحمل على المجاز من باب نسخ الكلام ، ونسخ المشروعية نسخ الحكم ، والحكم هو المقصود والكلام وسيلة ، ونسخ الوسيلة اولى من نسخ المقصود . والله عز وجل أعلم» (البدائع ٥ ص ٢٩٩ — ص ٣٠٠ — انظر ايضا : فتح القدير ٥ ص ٢٢٧ - ص ٢٢٩ - البحر الرائق لابن نجيم ٦ص ٩١ - الأشباه والنظائر لابن نجيم ص١٨٥ - الزيلعى ٤ص٦٢ - ص٦٤).

المطلب الثانى

الآثار التى تترتب على العقد الفاسد

مسائل ثلاث :

الأصل فى العقد الفاسد أنه لاينتج أثرا قبل القبض . أما بعد القبض فقد ينتج بعض الآثار . والفساد المترتب على الإكراه يختلف فى بعض احكامه عن الفساد المترتب على غير الإكراه

فيجتمع لنا مسائل ثلاث : (١) العقد الفاسد قبل القبض (٢) العقد الفاسد بعد القبض . (٣) خصوصية الفساد المترتب على الإكراه .

§ ١ — العقد الفاسد قبل القبض

الاصل فى العقد الفاسد انه لا ينتج أثراً :

العقد الفاسد ليس عقدا صحيحا ، لأنه عقد منهى عنه كما قدمنا ، فالأصل فيه أنه لاينتج اثرا. ومن ثم لاتلحقه الإجازة . ويجوز لكل من المتعاقدين ان يتمسك بفسخه . ولا تثبت فيه الشفعة (١) .

ولا ينتقل به الملك قبل القبض ، فلا يصبح المشترى بعقد فاسد مالكا للمبيع. ولا يجوز للبائع ان يجبر المشترى على دفع الثمن ، كما لايجوز للمشترى ان يجبر البائع على تسليم المبيع ، لأن كلا من البائع والمشترى يملك فسخ البيع كما سنرى .

ولكن العقد الفاسد منعقد :

على أن العقد الفاسد ، إذا لم يكن عقدا صحيحا ، فهو مع ذلك منعقد ، وله وجود شرعى لا وجود مادى فحسب . فهو عقد قائم ، ولكن يجوز فسخه من كل من العاقدين . على ان هذا الفسخ دليل على ان العقد له وجود شرعى ، ولولا هذا الوجود لم تكن هناك حاجة الى الفسخ .

فالعقد الفاسد له إذن وجود شرعى ، ولكنه وجود مهدد بالزوال فى كل وقت .

---

(١) حتى بعد القبض وانتقال الملكية الى المشترى ، لان حق البائع لم ينقطع ، والشفعة انما تجب بانقطاع حق البائع لا بثبوت الملك للمشترى. جاء فى البدائع (جزء ٥ ص ٣٠٤) : « ولو كان المشترى دارا ، لا يثبت للشفيع فيها حق الشفعة ، وان كان يفيد الملك للمشترى . لان حق البائع لم ينقطع ، والشفعة انما تجب بانقطاع حق البائع لا بثبوت الملك للمشترى. الا ترى أن من اقر ببيع داره من فلان وفلان ينكر تثبت الشفعة وان لم يثبت الملك للمشترى ، لانقطاع حق البائع باقراره . وههنا حق البائع غير منقطع فلا تثبت الشفعة حتى لو وجد ما يوجب انقطاع حقه تجب الشفعة . ولو بيعت دار بجنب الدار المشتراة شراء فاسد تثبت الشفعة ، لان هذا الشراء صحيح فيوجب انقطاع حق البائع ، فيثبت حق الشفعة » .

وجوب فسخ العقد الفاسد إلا إذا زال المفسد :

وإذا كان العقد الفاسد قائماً منعقداً كما قدمنا ، إلا أنه عقد فى أدنى مراتبه من القوة والنفاذ ، إذ هو عقد واجب الفسخ . ذلك أنه ، وإن كان سليماً فى أصله ، مختل فى وصفه . فالفساد مقترن به ذكراً ، ودفع الفساد واجب ، ولا يمكن إلا بفسخ العقد . وفعله معصية ، فعلى العاقد التوبة منه بفسخه (البحر ٦ ص ٩١) . فيجوز إذن ، بل يجب على كل من العاقدين ، فسخه . وحتى لو انتقل الملك بالقبض كما سنرى ، فان الملك بعقد فاسد إذا أصر عليه العاقدان ولم يفسخ أيهما يصبح ملكاً عجيباً . فهو لا يجيز الانتفاع بالمملوك ، وهو مع ذلك ملك قائم ، لا ينتفع به البائع كما لا ينتفع به المشترى . ومن ثم جاز للقاضى فسخه جبراً على العاقدين ، بناء على طلب كل ذى مصلحة ، بل وبدون طلب ، فان للقاضى من تلقاء نفسه أن يفسخ العقد الفاسد إذا علم به . جاء فى البحر : « قال فى البزازية وإذ أصر البائع والمشترى على إمساك المشترى فاسداً ، وعلم به القاضى ، له فسخه حقاً للشرع . فبأى طريق رده المشترى إلى البائع صار تاركاً للمبيع ، وبرئ من ضمانه » (البحر ٦ ص ٩٥) .

وإذا كان العقد الفاسد يستحق الفسخ ، فانه يستحقه لغيره لا لعينه ، حتى لو أمكن دفع الفساد بدون فسخ العقد لا يفسخ وينقلب صحيحاً . مثل ذلك أن يكون الفساد لجهالة الأجل ، فإما أن يعينه العاقدان قبل انفضاض مجلس العقد أى قبل أن يتمكن الفساد ، وإما أن يسقطاه أصلا بعد انفضاض مجلس العقد وتمكن الفساد ، فيزول المفسد فى الحالتين ، وينقلب العقد صحيحاً . كذلك يجوز تصحيح العقود الربوية بإزالة الربا عنها ، وتصحيح العقود المقترنة بشروط فاسدة بإسقاط هذه الشروط [1] . كذلك بيع ما فى تسليمه

---

(١) وهذا ضرب من انتقاص العقد ، فان العقد الفاسد يتكون من أصل ووصف ، والاصل صحيح مشروع والوصف باطل غير مشروع . فينتقص
=

ضرر ، إذا نزعه البائع أو قطعه وسلمه إلى المشترى قبل أن يفسخ المشترى البيع ، أنقلب العقد صحيحا وأجبر المشترى على الأخذ لأن المانع قد زال . هذا إذا كان التصحيح ممكنا ، كما هو الأمر فى الأمثلة السابقة . أما إذا كان الفساد راجعا إلى البدل نفسه بأن كان الثمن مثلا خمراً أو خنزيراً ، فقد تمكن الفساد فى صلب العقد، ويبقى العقد فاسدا غير قابل للتصحيح ولو باتفاق العاقدين.

فاذا لم يزل المفسد أو كان لا يمكن زواله ، بقى العقد فاسدا كما قدمنا ووجب فسخه . ويملك كل من العاقدين أن يستقل بالفسخ . فان كان العقد الفاسد بيعا ، كان لكل من البائع والمشترى أن يفسخ العقد من غير رضاء الآخر ، ولا يحتاج الفسخ إلى قضاء القاضى . ويكفى أن يقول أحد العاقدين فسخت أو نقضت أو رددت أو أية عبارة فى هذا المعنى ، فينفسخ العقد . وليس من الضرورى أن يكون الفسخ بالقول ، فأى فعل يدل على نية الفسخ يكفى ، كما لو استاجر المشترى المبيع من البائع أو باع البائع المبيع من مشتر آخر . وكل مايشترط لصحة الفسخ — عند أبى حنيفة ومحمد — ان يكون بمحضر من العاقد الآخر ، أما عند أبى يوسف فالفسخ جائز حتى فى غيبة العاقد الآخر . والسبب فى أن الفسخ يتم دون حاجة إلى قضاء به أن العقد الفاسد إنما استحق الفسخ حقا لله عز وجل لما فى الفسخ من رفع الفساد ، ورفع الفساد حق الله تعالى على الخلوص فيظهر فى حق الكل ، فكان فسخا فى حق الناس كافة ، فلا تقف صحته على القضاء ولا على الرضاء (البدائع ٥ ص ٣٠٠) .

ولا يجوز لأى من العاقدين النزول عن حق الفسخ ، لأن العقد الفاسد

العقد ، باسقاط الوصف الباطل واستبقاء الاصل الصحيح . الا ان الانتقاص هنا قد لايتم الا باتفاق العاقدين ، أما الانتقاص فى الفقه الغربى فيتم بحكم القانون دون حاجة الى اتفاق .

لا ترد عليه الاجازة كما قدمنا . فإذا أسقط عاقد حقه فى الفسخ أو أجاز العقد صراحة او ضمنا ، فانه يستطيع بالرغم من ذلك أن يفسخ العقد ، ولا يعتد لا بإسقاطه حقه فى الفسخ ولا بإجازته للعقد . ويقول الكاسانى فى هذا المعنى : « الفسخ فى البيع الفاسد لا يبطل بصريح الإبطال والإسقاط ، بأن يقول أبطلت أو أسقطت أو أوجبت البيع أو ألزمته ، لأن وجوب الفسخ ثبت حقا لله تعالى دفعا للفساد ، وما ثبت حقا لله تعالى خالصا لا يقدر العبد على إسقاطه مقصوداً » (البدائع ٥ ص ٣٠١)

وإذا مات أحد العاقدين ، كان لورثته حق الفسخ مكانه ، لأن الثابت للوارث عين ما كان للمورث . وإنما هو خلفه قائم مقامه . ويفسخ البائع فى مواجهة ورثة المشترى ، كما يفسخ المشترى فى مواجهة ورثة البائع .

§ ٢ ـ العقد الفاسد بعد القبض

يجب أن يكون القبض بإذن العاقد :

وهنا ندخل فى مرحلة ثانية للعقد الفاسد ، حيث يشتد ويقوى اثره . فاذا كان العقد الفاسد بيعا مثلا . فقد قدمنا أن المشترى لا يستطيع إجبار البائع على تسليم المبيع . ولكن البائع يستطيع ، باختياره وبإذنه ، أن يجعل المشترى يقبض المبيع قبضا صحيحا .

ويجب أن يكون القبض بإذن البائع . فلا يصح القبض بغير إذنه بأن ينهى المشترى عن القبض أو بأن يقبض المشترى المبيع بغير محضر منه ودون إذنه . فإن لم ينهه ولا أذن له فى القبض صريحا ، فقبض المشترى المبيع بحضرة البائع فهناك رأى يذهب إلى أن قبض المشترى المبيع بحضرة البائع دون أن ينهاه عن القبض يكون إذنا دلالة فيعتد بالقبض والرأى المشهور

أنه لا بد من الإذن الصريح . وإلا كان القبض غير صحيح [١] . ولا يشترط إذن البائع إذا قبض المشترى المبيع فى مجلس العقد ولم يمنعه البائع من قبضه ، لأن البيع تسليط منه على القبض ، فإذا قبضه بحضرته قبل الافتراق ولم ينهه كان بحكم التسليط السابق (الخانية ٢ ص ١٦٩ - فتح القدير ٥ ص ٢٣٠ الزيلعى ٤ ص ٦١ - البحر ٦ ٩٢) .

يبقى العقد الفاسد بعد القبض قابلا للفسخ :

ومتى تم قبض المبيع صحيحا بإذن البائع ، فإن العقد الفاسد يقوى عما كان عليه قبل القبض ، فقد أكد العاقدان نيتهما فى تنفيذه بالرغم من فساده . على أن هذا التنفيذ لا يعتبر إجازة للعقد ، فقد قدمنا أن العقد الفاسد لا تلحقه الأجازة . ويبقى العقد قابلا للفسخ .

---

(١) ويقول الكاسانى فى هذا الصدد : « والثانى أن يكون القبض باذن البائع . فان قبض بغير اذنه اصلا لا يثبت الملك ، بان نهاه عن القبض او قبض بغير محضر منه من غير اذنه . فان لم ينهه ولا اذن له فى القبض صريحا ، فقبضه بحضرة البائع ، ذكر فى الزيادات انه يثبت الملك ، وذكر الكرخى فى الرواية المشهورة انه لا يثبت . وجه رواية الزيادات انه اذا قبض بحضرته ولم ينهه ، كان ذلك اذنا منه بالقبض دلالة مع ما فى العقد الثابت من دلالة الاذن بالقبض ، لانه تسليط له على القبض فكانه دليل الاذن بالقبض . والاذن بالقبض قد يكون صريحا وقد يكون دلالة ، كما راينا فى الهبة اذا قبض الموهوب له بحضرة الواهب ما لم ينهه صح قبضه وكذلك ههنا . وجه الرواية المشهورة ان الاذن بالقبض لم يوجد نصا ، ولا سبيل الى اثباته بطريق الدلالة لما ذكرنا ان فى القبض تقرير الفساد ، فكان الاذن بالقبض اذنا بما فيه تقرير الفساد ، فلا يمكن اثباته بطريق الدلالة . وبه تبين ان العقد الفاسد لا يقع تسليطا على القبض ، لوجود المانع من القبض على ما بينا . بخلاف الهبة ، لان هناك لا مانع من القبض ، فأمكن اثباته بطريق الدلالة ما دام المجلس قائما ، وانما شرط المجلس لان القبض فى الهبة بمنزلة الركن فيشترط له المجلس كما يشترط القبول » (البدائع ٥ ص ٣٠٤ — ص ٣٠٥) .

ولكن هذا بعد القبض ، خلافا لما بدأناه قبل القبض ، يجب التمييز بين حالتين : فإما أن يكون الفساد راجعا إلى البدل ، وإما أن يكون راجعا إلى غير البدل بما هو ليس فى صلب العقد كشرط فاسد .

فإن كان راجعا إلى البدل ، كالبيع بالخمر و بالخنزير ، كان لكل من العاقدين حق الفسخ ، كما كان ذلك لهما قبل القبض . « لأن الفساد الراجع إلى البدل - كما يقول الكاسانى - فساد فى صلب العقد . ألا ترى أنه لا يمكن تصحيحه بخلاف هذا المفسد ، لما أنه لا قوام للعقد إلا بالبدلين . فكان الفساد قويا ، فيؤثر فى صلب العقد بسلب اللازم عنه ، فيظهر عدم اللزوم فى حقهما جميعا » (البدائع ٥ ص ٣٠٠) .

وإن كان راجعا إلى شرط فاسد ، فهناك رأى يذهب إلى أن كلا من العاقدين يملك حق الفسخ أيضا كما فى الحالة الأولى . وهناك رأى آخر يذهب إلى أن صاحب المنفعة فى الشرط هو وحده الذى يملك الفسخ ، فإن أسقط شرطه زال سبب الفساد وانقلب العقد صحيحا ، ولا يملك الطرف الأخر حق فسخ العقد . ويقول الكاسانى فى هذا الصدد . « وإن كان بعد القبض ، فان كان الفساد راجعا إلى البدل ، فالجواب فيه وفيما قبل القبض سواء . . . . . ولو لم يكن راجعا إلى البدل ، فقد ذكر الإمام الأسبيجانى فى شرحه مختصر الطحاوى أن ولاية الفسخ لصاحب الشرط لا لصاحبه ، ولم يحك خلافا ، لأن الفساد الذى لا يرجع إلى البدل لا يكون قويا لكونه محتملا للحذف والإسقاط ، فيظهر فى حق صاحب الشرط لا غير ، ويؤثر فى سلب اللزوم فى حقه لا فى حق صاحبه . وذكر الكرخى الاختلاف فى المسألة ، فقال فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله يملك كل منهما الفسخ ، وعلى قول محمد رحمه الله حق الفسخ لمن شرط له المنفعة لا غير . وجه قوله على نحو ما ذكرنا أن من له شرط المنفعة قادر على تصحيح العقد بحذف المفسد وإسقاطه ، فلو فسخه الآخر لأبطل حقه عليه ، وهذا لا يجوز . وجه قولهما أن العقد فى نفسه

غير لازم لما فيه من الفساد ، بل هو مستحق الفسخ فى نفسه رفعا للفساد . وقوله المفسد ممكن الحذف فنعم ، لكنه إلى أن يحذف فهو قائم ، وقيامه يمنع لزوم العقد . وبه تبين أن الفسخ من صاحبه ليس بإبطال لحق صاحب الشرط ، لأن إبطال الحق قبل ثبوته محال » (البدائع ٥ ص ٣٠٠) .

ويتبين من ذلك أن العقد الفاسد الذى يرجع سبب فساده إلى اقترانه بشرط فاسد عقد قابل للانتقاص بالمعنى المعروف فى الفقه الغربى . فيستطيع صاحب الشرط الفاسد أن يسقط الشرط ، فيجزىء العقد ، ويتمسك بالجزء الصحيح منه ويطالب الآخر بتنفيذه ، دون أن يستطيع هذا الطرف الأخر أن يتمسك بفسخ العقد بعد أن انتقص . والتزام الطرف الأخر بالعقد ليس إعمالا للعقد الفاسد ولكنه انتقاص لهذا العقد ، فالذى أنتج أثرا هو العقد الفاسد فى مجموعه ، بل هو الشطر الصحيح منه وقد أصبح عقداً مستقلا بفضل هذا الانتقاص .

ويخلص مما قدمناه فى حق العاقدين فى فسخ العقد الفاسد أنه إذا كان الفساد فى صلب العقد كان لكل من العاقدين فسخه قبل القبض وبعده ، أما إذا كان الفساد لشرط فاسد ، فقبل القبض يكون لكل من العاقدين فسخه إلا إذا زال المفسد بتراضيهما . وبعد القبض يستقل بالفسخ من له منفعة فى الشرط على قول محمد ، وأما على قول أبى حنيفة وأبى يوسف فلكل من العاقدين حق الفسخ إلى أن ينزل صاحب الشرط عن شرطه . وقد جاء فى فتح القدير : « إذا كان الفساد فى صلب العقد . . . فيملك كل فسخه . . وإن كان الفساد بشرط زائد ، كالبيع على أن يقرضه ونحوه أو إلى أجل مجهول ، فكل واحد يملك فسخه قبل القبض ، وأما بعد القبض فيستقل من له منفعة الشرط والأجل بالفسخ ، كالبائع فى صورة الإقراض والمشترى فى الأجل » (فتح القدير ٥ ص ٢٣١ ، أنظر أيضا الفتاوى الخانية ٢ ص ١٦٧) .

ولكن يثبت نوع من الملك بالقبض فى العقد الفاسد :

على أن العقد الفاسد بعد القبض يثبت الملك فى الجملة ، ولكنه ملك من نوع خاص . فهو ليس ملكا مطلقا كالملك الذى يفيده العقد الصحيح ، بل هو ملك يستحق الفسخ ، ومضمون بالقيمة لا بالمسمى ، ويفيد انطلاق التصرف دون الانتفاع بعين المملوك . أما التصرف الذى فيه انتفاع بعين المملوك ، كأكل الطعام ولبس الثوب وركوب الدابة وسكنى الدار والاستمتاع بالجارية ، فلا يحل .

وهنا نرى تيارين متباينين بعض التباين فى نصوص الفقه الحنفى ، فمن النصوص ما يؤكد أن المشترى بعقد فاسد يملك العين بعد القبض كما يملك التصرف فيها ، ومن النصوص ما يبرز أن المشترى بعد القبض إنما يملك التصرف دون العين وأن الملك الذى ينتقل إليه بالقبض هو ملك خبيث لا يفيد إطلاق الانتفاع بعين المملوك .

جاء فى البحر الرائق ، تأكيداً لأن المشترى يملك العين كما يملك التصرف ، ما يأتى : « وفى قوله ملك المبيع رد على من قال إنه يملك التصرف دون العين وهم العراقيون . وما ذكره قول أهل بلخ وهو المنصوص عليه فى كلام محمد ، وهو الصحيح المختار . فانه قال إن المشترى خصم لمن يدعيه لأنه يملك رقبته ، كذا فى جامع الفصولين ، بدليل أن المشترى إذا أعتقه بعد قبضه صح وكان الولاء له ، ولو باعه كان الثمن له ، ولو بيعت دار إلى جنبها فالشفعة للمشترى ، ولو أعتقه البائع لم يعتق ، ولو سرقه البائع من المشترى بعد قبضه قطع كما فى الجوهرة ، فهذه كلها ثمرات الملك . وبدليل وجوب الاستبراء على البائع إذا ردت الجارية عليه . ولولا خروجها عن ملكه لم يجب . وقوله إنه يملك التصرف فقط بتسليط البائع منقوض بما إذا كان البائع وصى يتيم باع عبده فاسداً فأعتقه المشترى فإنه يصح ، ولو كان على وجه التسليط لم يصح ، كذا فى جامع الفصولين . وأما ما استدل به العراقيون من عدم حل أكله لو كان

طعاما ، وعدم حل لبسه لو كان قميصاً ، وعدم حل وطئها لو كانت جارية واستبرأها ولو وطئها وجب العقر إذا فسخ ، وعدم وجوب الشفعة لشفيعها ، فلا دليل فيه . لأن عدم الحل لا يدل على عدم الملك ، بدليل أن ربح ما لم يضمن مملوك ولا يحل ، والأخت رضاعا إذا ملكها لا يحل له وطؤها . وإنما لم تجب الشفعة لأن حق البائع لم ينقطع عنها وهى إنما تجب بانقطاع حقه لا بملك المشترى بدليل أن من أقر ببيع داره وجحد المشترى وجبت الشفعة . هذا وقد ذكر العمادى فى فصوله خلافا فى حرمة وطئها ، فقيل يكره ولا يحرم ، وقيل يحرم . وفيه إشارة أيضاً إلى أن البائع يملك الثمن بشرط قبضه لأنه كالبيع ، كما فى القنية » (البحر الزائق ٦ ص ٩٢ - ص ٩٣) .

وجاء فى البدائع ، تأكيداً لأن الملك الذى ينتقل إلى المشترى بالقبض هو ملك خبيث لا يفيد إطلاقا الإنتفاع بعين المملوك ، ما يأتى : « لأن الثابت بهذا البيع ملك خبيث ، والملك الخبث لا يفيد إطلاق الإنتفاع لأنه واجب الرفع ، وفى الإنتفاع به تقرر له ، وفيه تقرير الفساد » (البدائع ٥ ص٣٠٤) .

ومهما يكن من أمر ، فإن الملك الذى ينتقل إلى المشترى بالقبض ، خبيثا كان أو غير خبيث ، هو ملك من نوع خاص . فهو كما قدمنا ، ملك مستحق الفسخ ، ومضمون بالقيمة ، ولا يفيد حل الانتفاع بعين المملوك . ففيم يفيد هذا الملك إذن ؟ يفيد فى أمرين : (١) فى تصرف المشترى فى المبيع (٢) وعند تغير المبيع بالزيادة أو بالنقص أو فى الصورة .

تصرف المشترى فى المبيع المقبوض بعقد فاسد :

إذا باع المشترى المبيع المقبوض بعقد فاسد أو وهبه أو تصدق به ، بطل حق الفسخ ، وانتقل الملك للمشترى الثانى أو للموهوب له أو للمتصدق عليه . ولا يستطيع البائع أن يسترد المبيع من تحت يد أحد من هؤلاء ، كما كان يستطيع استرداده من المشترى . ولكنه لا يرجع على المشترى بالثمن المسمى

بل يرجع بقيمة الشيء أو بمثله(١) . وهذا يدل على أننا نعمل العقد الفاسد هنا لا كتصرف شرعي وإلا لوجب الثمن المسمى ، ولكن كواقعة مادية جعل لها الشرع هذا الأثر .

ويعلل الفقهاء نفاذ تصرف المشترى للغير فى حق البائع بأن المشترى قد انتقل إليه بالعقد الفاسد ملكية تفيد التصرف فى المملوك دون الانتفاع بعينه كما سبق القول ، ولا يجوز للبائع نقض تصرف المشترى لأنه حصل عن تسليط منه . ويقول الكاسانى : « إذا باع المشترى (أى العين المبيعة بيعاً فاسداً) أو وهبه أو تصدق به ، بطل حق الفسخ ، وعلى المشترى القيمة أو المثل ، لأنه تصرف فى محل مملوك له ، فنفذ تصرفه . ولا سبيل للبائع إلى نقضه ، لأنه حصل عن تسليط منه . ويطيب المشترى الثانى لأنه ملكه بعقد صحيح ، بخلاف المشترى الأول فإنه لا يطيب له لأنه ملكه بعقد فاسد... وخرج المبيع من أن يكون مستحق الرد على البائع لحصول البيع من المشترى بتسليطه والله عز وجل أعلم . ولو باعه فرد عليه بخيار شرط أو رؤية أو عيب بقضاء قاض ، وعاد حكم الملك الأول ، عاد حق الفسخ ، لأن الرد بهذه الوجوه فسخ محض ، فكان دفعا للعقد من الأصل وجعلا له كأن لم يكن . ولو اشتراه ثانيا أو عاد إليه بسبب مبتدأ ، لا يعود الفسخ ، لأن الملك اختلف لاختلاف السبب ، فكان اختلاف الملكين بمنزلة اختلاف العقدين . . . وكذلك لو كاتبه ، لإن الكتابة قد صحت لوجودها فى الملك ، ولا سبيل

---

(١) جاء فى البدائع : « الثابت بالبيع الفاسد ملك مضمون بالقيمة او بالمثل لا بالمسمى ، بخلاف البيع الصحيح . لان القيمة هى الموجب الاصلى فى البياعات لانها مثل المبيع فى المالية ، الا انه يعدل عنها الى المسمى اذا صحت التسمية فاذا لم تصح وجب المصير الى الموجب الاصلى . خصوصا اذا كان الفساد من قبل المسمى ، لان التسمية اذا لم تصح لم يثبت المسمى . فصار كانه باع وسكت عن ذكر الثمن ، ولو كان كذلك كان بيعا بقيمة المبيع ، لان البيع مبادلة بالمال ، فاذا لم يذكر البدل صريحا صارت القيمة او المثل مذكورا دلالة ، فكان مبيعا بقيمة المبيع او بمثله اذا كان من قبيل الامثال » (البدائع ٥ ص ٣٠٤) .

والاولى فى رأينا ان يقال انه لما انتقلت ملكية المبيع الى من تصرف له المشترى ، صار المشترى عاجزا عن رد المبيع الى البائع كما لو كان المبيع قد هلك ، فوجب عليه الضمان ، والضمان يكون بالقيمة او بالمثل لا بالمسمى .

وفي جميع هذه الأحوال يعتبر المشتري في حكم الغاصب ، بالرغم من أن القبض قد تم بإذن البائع . وقد كان ينبغي هنا — كما كان ينبغي في البيع الباطل على ما قدمنا — أن تعتبر يد المشتري يد أمانة إذا لم نعتد بالعقد الفاسد . ولكن القبض بإذن البائع ، وهو واقعة مادية ، اذا اقترن بواقعة مادية أخرى وهي البيع الفاسد ، يجعل يد المشتري يد ضمان لا يد أمانة ، أذ يجعل التسليم لتحقيق مصلحة للمشتري ، ويكون هذا قابضا للعين كالك ، ومن ثم يكون ضامنا للهلاك وللنقص والزيادة ، شأنه في ذلك شأن الغاصب . الا أن المشتري بعقد فاسد قد قبض المبيع بإذن البائع وبتسليط منه ، أما الغاصب فقد أخذ العين بغير إذن المالك ودون تسليط منه ، فكانت يد المشتري يد ضمان بسبب اقتران القبض بالبيع الفاسد ، وكانت يد الغاصب يد ضمان بسبب الغصب ذاته . وستظهر فروق قليلة بين المشتري والغاصب ترجع إلى اختلاف الأساس الذي بنى عليه ضمان المشتري عن الأساس الذي بنى عليه ضمان الغاصب . ونستعرض الآن الأحكام التفصيلية لتغير المبيع في يد المشتري :

أولا — فإذا تغير المبيع بالزيادة : (ا) فإن كانت الزيادة متولدة من الأصل — متصلة كانت كالسمن أو منفصلة كالولد والثمرة — فإنها لا تمنع الفسخ ، وللبائع أن يسترد الأصل والزيادة ، لأن الزيادة تابعة للأصل ومتولدة عنه ، والأصل مضمون الرد فكذلك التبع ، كما في الغصب . ولو هلكت الزيادة دون تعد ، فلا ضمان على المشتري ، لأن القبض وهو سبب الضمان لم يشملها فهي في يده أمانة . ولو استهلك المشتري الزيادة ، ضمن . ولو هلك المبيع والزيادة قائمة ، فللبائع أن يسترد الزيادة ويضمن المشتري قيمة المبيع وقت القبض ، لأنهما كانا مضموني الرد ، إلا أنه تعذر استرداد المبيع لفوات المحل وصار مضمون القيمة ، وبقيت الزيادة على حالها مضمونة الرد كما كانت . (ب) وإذا كانت الزيادة غير متولدة من الأصل وجب التمييز : (١) فإن كانت متصلة بالمبيع ، كما إذا كان المبيع سويقاً فلته المشتري بعسل أو سمن فإنها تمنع الفسخ ، ويرجع البائع بقيمة المبيع أو مثله ، لأنه

لو فسخ ، إما أن يفسخ على الأصل وحده ولا سبيل إلى ذلك لتعذر الفصل ، وإما أن يفسخ على الأصل والزيادة جميعا ولا سبيل إلى ذلك أيضاً لأن الزيادة لم تدخل تحت البيع لا أصلا ولا تبعا فلا تدخل تحت الفسخ .
(٢) وإن كانت الزيادة منفصلة عن المبيع ، كما إذا كان المبيع رقيقاً وكسب مالا من عمل أو هبة أو صدقة أو غير ذلك ، فإنها لا تمنع الفسخ . وللبائع أن يسترد الأصل مع الزيادة ، لأن الأصل مضمون الرد وبالرد ينفسخ العقد من الأصل ، فتبين أن الزيادة حصلت على ملكه . ولو هلكت الزيادة دون تعد ، فلا ضمان على المشترى كما فى الزيادة المنفصلة المتولدة من المبيع . وإن استهلكها المشترى ضمن عند الصاحبين كما فى الزيادة المنفصلة المتولدة من المبيع ، ولم يضمن عند أبى حنيفة لأنه ملك الزيادة بسبب على حدة لا بسبب الأصل . ولو هلك المبيع وهذه الزيادة قائمة فى يد المشترى ، تقرر عليه قيمة المبيع والزيادة له ، وهذا بخلاف الزيادة المنفصلة المتولدة من المبيع ، لأن المشترى لم يرد المبيع حتى يرد معه الزيادة بل رد القيمة ، وقد ملك الزيادة بسبب على حدة لا بسبب الأصل ، وهذا كما فى الغصب (أنظر فى كل ذلك البدائع ٥ ص ٣٠٢ — ٣٠٣) .

ثانياً — وإذا تغير المبيع بالنقص : (أ) فإن كان النقصان بآفة سماوية أو بفعل المبيع أو بفعل المشترى ، فإنه لا يمنع الاسترداد ، وللبائع أن يأخذ المبيع مع أرش النقصان ، لأن المبيع بيعاً فاسدا يضمن بالقبض كالمغصوب على ما قدمنا ، والقبض ورد عليه بجميع أجزائه وأوصافه فصار مضموناً فى جميع الأجزاء والأوصاف . (ب) وإن كان النقصان بفعل البائع فلا شىء على المشترى ، لأن البائع صار مسترداً بفعله . حتى أنه لو هلك المبيع فى يد المشترى ولم يوجد منه حبس على البائع ، يهلك على البائع . وإن وجد منه حبس ثم هلك ينظر : إن هلك من سراية جناية البائع فعلى المشترى ضمانه ولكن يطرح منه حصة النقصان بالجناية لأنه استرد ذلك القدر بجنايته . (ح) وإن كان النقصان بفعل أجنبى فالبائع فالخيار : إن شاء أخذ

الأرش (قيمة النقصان) من المشترى والمشترى يرجع به على الجانى ، وإن شاء اتبع الجانى وهو لا يرجع على المشترى ، كما فى الغصب ، لأنه لما أخذ قيمة النقصان من المشترى ، فقد تقرر ملكه فى ذلك الجزء من وقت البيع فيه ، فتبين أن الجناية حصلت على ملك مقرر له ، فيرجع عليه. والأجنبى لم يملك ، فلا يرجع .

وكالنقصان الهلاك الكلى . فلو هلك المبيع فى يد المشترى كان الهلاك عليه ، وضمن للبائع القيمة أو المثل . وإذا كان المشترى قد قبض البيع بإذن البائع فإن هذا القبض قد اقترن بواقعة مادية أخرى هى البيع الفاسد ، فصارت يده يد ضمان ، كما تقدم القول .

ويضمن المشترى قيمة المبيع يوم القبض ، لأنه إنما دخل فى ضمانه بالقبض . وقال محمد عليه قيمته يوم الهلاك ، لأن الهلاك هو الذى تقرر به الضمان (فتح القدير ٥ ص٢٣١ — الزيلعى ٤ ص ٦٢ — البحر ٦ ص ٩٣) . وحق البائع إنما هو فى المبيع لا فى القيمة ، وإنما ينتقل حقه إلى القيمة عند الهلاك ، فإذا أبرأ المشترى عن القيمة قبل الهلاك ، فقد أبرأه قبل الوجوب ، فلا يصح (الفتاوى الخانية ص ١٦٨) .

ثالثاً — وإذا تغيرت صورة المبيع : كما لو كان المبيع ثوباً فقطعه المشترى وخاطه قميصاً أو بطنه وحشاه ، بطل حق الفسخ ، وتقررت عليه قيمته يوم القبض . « والأصل فى هذا — كما يقول الكاسانى — أن المشترى إذا أحدث فى المبيع صنعا لو أحدثه الغاصب فى المغصوب يقطع حق المالك يبطل حق الفسخ ، ويتقرر حقه فى ضمان القيمة أو المثل . كما إذا كان المبيع قطناً فغزله ، أو غزلا فنسجه ، أو حنطة فطحنها ، أو سمسما أو عنباً فعصره ، أو ساحة فبنى عليها ، أو شاة فذبحها وشواها أو طبخها ونحو ذلك . وإنما كان كذلك لأن القبض فى البيع الفاسد كقبض الغصب ، ألا ترى أن كل منهما مضمون الرد حال قيامه ومضمون القيمة أو المثل حال هلاكه ، فكل

ما يوجب انقطاع حق المالك هناك يوجب انقطاع حق الفسخ للبائع هنا . ولو كان المبيع أرضا فبنى عليها ، بطل حق الفسخ عند أبى حنيفة وعلى المشترى ضمان قيمتها وقت القبض ، وعندهما لا يبطل وينقض البناء ، وجه قولهما أن هذا القبض معتبر بقبض الغصب ثم هناك ينقض البناء فكذا هنا ، لأن البناء ينقض بحق الشفيع بالإجماع وحق البائع فوق حق الشفيع بدليل أن الشفيع لا يأخذ إلا بقضا . والبائع يأخذ من غير قضاء ولا رضاء ، فلما انقض لحق الشفيع فلحق البائع أولى . وجه قول أبى حنيفة أنه لو ثبت للبائع حق الاسترداد لكان لايخلو إما أن يسترده بدون البناء أو مع البناء ، لا سبيل إلى الثانى لأنه لا يمكن . ولا سبيل إلى الأول لأن البناء من المشترى تصرف حصل بتسليط البائع وإنه يمنع النقض كتصرف البيع والهبة ونحو ذلك ، بخلاف الغصب والشفعة لأن هناك لم يوجد التسليط على البناء وكذا لا يمنعان نقض البيع والهبة » (البدائع ٥ ص ٣٠٣ — ص ٣٠٤ - وانظر أيضا فتح القدير ٥ ص ٢٣٥ - ٢٣٦ - البحر ٦ ص ٩٦) . وفى هذه الجزئية الأخيرة — البناء على الأرض — نجد حكم العقد الفاسد يختلف عن حكم الغصب عند أبى حنيفة . فنى الغصب لا يمنع البناء على الأرض المالك من استرداد أرضه مع نقض البناء . أما فى العقد الفاسد ، فنى رأى أبى حنيفة - دون الصاحبين - أن نعتد بالبيع الفاسد مقترنا بالقبض بإذن المالك ، ونستخلص من هاتين الواقعتين معا تسليط البائع للمشترى فى البناء على الأرض المبيعة بعقد فاسد ، فيسقط البناء حق الفسخ ، وعلى المشترى ضمان قيمة الأرض وقت القبض (١) .

---

(١) هذا وقد قدمنا أن المذاهب الثلاثة الاخرى لا فرق عندها بين البيع الباطل ، والبيع الفاسد ، فالبيع الفاسد حكمه حكم البيع الباطل فى تصرف المشترى فى المبيع المقبوض وفى تغير المبيع وهو فى يد المشترى بالزيادة او بالنقصان أو فى الصورة . انظر فى مذهب الشافعى شرح البهجة لزكريا الانصارى ٢ ص ٤٣٥ — وفى مذهب أحمد بن حنبل المغنى (طبعة ثالثة) ٤ ص ٢٣١ — ص ٢٣٢ . اما عند مالك فتصرف المشترى فى المبيع المقبوض وتغير المبيع وهو فى يد المشترى يمنعان الفسخ فى البيع الباطل والبيع =

تأصيل المصدر الذي ترتب عليه آثار البيع الفاسد بعد القبض :

رأينا أن العقد الفاسد ، بعد القبض الصحيح بإذن العاقد ، تترتب عليه آثار معينة . فإذا كان العقد الفاسد بيعا ، وقبض المشترى المبيع قبضا صحيحا بإذن البائع ، انتقلت إليه ملكية تفيد انطلاق التصرف ولا تفيد الانتفاع بعين المملوك . فهذه الملكية لايظهر أثرها إذن إلا عندما يتصرف المشترى فى المبيع للغير ، وإلا عندما يتغير المبيع .

والمتأمل فى كل هذه الأحكام يستطيع أن يستخلص النتائج الآتية :

أولا : العقد الفاسد ذاته — كتصرف شرعى لا كواقعة مادية — لاينتج أثرا ، فهو والعقد الباطل فى هذا سواء . وإذا كان العقد الفاسد ، على خلاف العقد الباطل ، له وجود قانونى لأنه قد انعقد ، فان هذا وجود على خطر الزوال ، إذ العقد الفاسد كتصرف شرعى مستحق الفسخ ، ويستطيع كل من العاقدين أن يفسخه قبل القبض وبعده دون حاجة إلى رضاء العاقد الآخر ودون حاجة إلى حكم القضاء(١) .

= الفاسد معا ، فكأن الباطل كالفاسد لا الفاسد كالباطل . ثم يميز فى البيع الفاسد « ومعه البيع الباطل » بين المحرم والمكروه ، فالمحرم اذا فات مضى بالقيمة ، أما المكروه فانه اذا فات انقلب صحيحا ، وربما انقلب صحيحا بالقبض أيضا لخفة الكراهة . قال ابن رشد فى بداية المجتهد: «اتفق العلماء على أن البيوع الفاسدة اذا وقعت ولم تفت باحداث عقد فيها أو نماء أو نقصان أو حوالة سوق ان حكمها الرد ، أعنى ان يرد البائع الثمن والمشترى المثمون . واختلفوا اذا قبضت وتصرف فيها بعتق أو هبة أو بيع أو رهن أو غير ذلك من سائر التصرفات ، هل ذلك فوت يوجب القيمة ! وكذلك اذا نمت أو نقصت ؟ فقال الشافعى : ليس ذلك كله فوتا ولا شبهة ملك فى البيع الفاسد ، وان الواجب الرد . وقال مالك كل ذلك فوت يوجب القيمة .. ومثل ذلك ابو حنيفة .

والبيوع الفاسدة عند مالك تنقسم الى محرمة ومكروهة . فأما المحرمة فانها اذا فاتت ، مضت بالقيمة . وأما المكروهة فانها اذا فاتت صحت عنده ، وربما صح عنده بعض البيوع الفاسدة بالقبض لخفة الكراهة عنده فى ذلك « بداية المجتهد طبعة الخانجى ٢ ص ١٦١ » .

(١) وهذا لايمنع من أن يتضمن العقد الفاسد تصرفا شرعيا آخر ينتج أثره ، ولا يكون هذا تحولا للعقد الفاسد ، فان التصرف الشرعى الآخر يقوم على =

ثانيا : ولكن لما كان العقد الفاسد قد يرجع فساده إلى وجود شرط فاسد، فبفضل انتقاص العقد وإسقاط الشرط، أى بإزالة المفسد ، ينتج العقد الفاسد أثره كتصرف شرعى لا كواقعة مادية. ولكن الذى أنتج الأثر هنا كتصرف شرعى ليس هو العقد الفاسد فى مجموعه ، بل هو العقد الصحيح الذى استخلص من العقد الفاسد بعد انتقاصه .

ثالثا : على أن العقد الفاسد له وجود فعلى كواقعة مادية ، وهو بهذا الاعتبار ينتج آثاراً قانونية . من هذه الآثار أثر يتمشى مع طبيعة الواقعة المادية ويتفق فيه العقد الفاسد مع العقد الباطل ، وهذا الأثر هو انتقال الضمان إلى المشترى. ذلك أن العقد الفاسد، كالعقد الباطل ، إذا اقترن بالقبض وكان القبض بإذن البائع ، جعل المشترى يقبض المبيع لتحقيق مصلحته يتصرف فيه تصرف المالك ، فتصبح يده يد ضمان لا يد أمانة ، فإذا هلك المبيع فى يده ضمن القيمة أو المثل .

رابعا : ثم بعد ذلك يتميز العقد الفاسد عن العقد الباطل ، فى وجوده الفعلى كواقعة مادية ، فى أنه ينتج أثرا لا تقتضيه طبيعة هذا الوجود الفعلى كواقعة مادية . بل إن الشرع هو الذى تولى ترتيب هذا الأثر على العقد الفاسد لمصلحة قصد إلى تحقيقها . وهذه المصلحة هى حماية الغير الذى يتصرف له المشترى . فحتى يكفل الشرع حماية هذا الغير من أن يسترد البائع المبيع

= ارادة حقيقية لا على ارادة احتمالية . جاء فى البحر الرائق : « وفى البزازية باع منه صحيحا ثم باعه فاسدا منه ، انفسخ الاول ، لان الثانى لو كان صحيحا ينفسخ الاول به ، فكذا لو كان فاسدا لانه يلحق بالصحيح فى الكثير من الاحكام . وكذا لو باع المؤجر المستأجر من المستأجر فاسدا ، تنفسخ الاجارة كما اذا باعه صحيحا » (البحر ٦ ص ٩٤) . وانفساخ البيع الصحيح او الاجارة الصحيحة بالبيع الفاسد انما يأتى عن طريق أن البيع الفاسد يتضمن اتفاقا آخر بين البائع والمشترى على العدول عن العقد السابق ــ البيع الصحيح او الاجازة الصحيحة ــ فيتضمن البيع الفاسد فسخا بالتراضى لهذا العقد السابق . وسنعود الى هذه المسألة فى مكان آخر .

من تحت يده باستعماله حق الفسخ — وليست هناك وسيلة للشهر تنبه الغير إلى فساد العقد مع كثرة أسباب الفساد وتنوعها — لجأ الفقه الحنفى إلى ضرب من الصناعة الفقهية يستوقف النظر. فتصور ملكية تنتقل إلى المشترى بالبيع الفاسد، لا لغرض أن ينتفع المشترى بعين المملوك كما يفعل المالك عادة، بل ليصحح التصرف الذى يصدر من المشترى إلى الغير، فيمنع البائع من حق الفسخ، ويجعل الغير الذى تصرف له المشترى تنتقل إليه ملكية صحيحة بفضل هذه الملكية التى صورتها الصناعة الفقهية منتقلة إلى المشترى. فالمشترى إذا تصرف إلى الغير، اعتبر مالكا لكى يستطيع أن يملك الغير. ولكن إذا كانت الملكية التى انتقلت إلى الغير مصدرها عقد البيع الصحيح الذى صدر للغير من المشترى، فإن ملكيه المشترى ليس مصدرها عقد البيع الفاسد باعتباره تصرفا شرعيا، فقد قدمنا أن البيع الفاسد باعتباره تصرفا شرعيا لاينتج أثراً. ولكن الذى نقل الملكية إلى المشترى هو البيع الفاسد المقترن بالقبض بإذن البائع باعتبارهما معاً واقعه مادية. وهذه الواقعة المادية لاتقتضى حتما، بالنظر إلى طبيعتها، نقل الملكيه إلى المشترى. ولكن الشرع رتب عليها هذا الأثر لأنها تتضمن تسليطا من البائع للمشترى على التصرف فى الشيء المبيع. فجعلها تنقل الملكيه، حماية للغير كما قدمنا، حتى لايفسخ البائع البيع الفاسد ويسترد العين من يد الغير. ولو كان البيع الفاسد هو الذى نقل الملكية إلى المشترى باعتباره تصرفا شرعيا، لنقلها بالثمن المسمى فيه، ولكنه نقلها بالقيمة أو بالمثل. فهذا دليل على أنه نقلها لاباعتباره تصرفاشرعيا، بل باعتباره واقعة مادية رتب عليها الشرع هذا الأثر الخاص حماية لحق الغير. ولم يعتد الشرع فى ترتيبه هذا الأثر بالثمن المسمى لفساد العقد، وجعل الملكية تنتقل فى مقابلها الطبيعى وهو القيمة أو المثل(١).

(١) انظر فى هذا المعنى الاستاذ شفيق شحاتة فى النظرية العامة للالتزامات فى الشريعة الاسلامية فقرة ١٧٠ وفقرة ١٧٢.

خامسا : ويتميز العقد الفاسد عن العقد الباطل أخيراً ، فى وجوده الفعلى كواقعة مادية ، فى أنه ينتج أثراً آخر لاتقتضيه هو أيضا طبيعة هذا الوجود الفعلى كواقعة مادية ، والشرع هو الذى تولى ترتيب هذا الأثر لمصلحة قصد إلى تحقيقها. وهذه المصلحة هنا هى حماية المشترى نفسه ، لا حماية الغير كما هو الأمر فى الأثر السابق . يحمى الشرع المشترى إذا زاد المبيع فى يده بعد قبضه قبضا صحيحا بإذن البائع ، زيادة غير متولدة من المبيع ولكنها متصلة به ، فيمنع البائع من حق الفسخ . كذلك يحمى الشرع المشترى إذا غير من صورة المبيع تغييرا يخرجه عن حالته الأولى ، فقد كان مسلطا على ذلك من البائع إذ قبض المبيع بإذنه ، فاعتد الشرع بذلك ومنع البائع من حق الفسخ . فى هاتين الحالتين تثبت ملكية المشترى وتستقر بعد أن كانت مزعزعة مهددة بالفسخ، وتصير ملكية باتة. وقد انتقلت هذه الملكية الباتة إلى المشترى بالعقد الفاسد ، ولكن لا باعتباره تصرفا شرعيا فهو كتصرف شرعى لا ينتج أثرا كما قدمنا ، بل باعتباره واقعة مادية اقترنت بها واقعتان ماديتان أخريان، القبض الصحيح وتغير صورة المبيع . فهذا فى نظر الشرع كاف لتثبيت ملكية المشترى ، إذ البائع هو الذى سلطه على المبيع حتى غير صورته . وتنتقل الملكية إلى المشترى لا بالثمن المسمى إذ هى لم تنتقل بتصرف شرعى، بل بالقيمة أو بالمثل كما فى الحالة السابقة ، إذ أن الملكية قد انتقلت بواقعة مادية .

§ ٣ — خصوصية الفساد المترتب على الاكراه

اختلاف المذاهب فى حكم بيع المكره :

قدمنا فى الجزء الثانى من مصادر الحق فى الفقه الاسلامى أن الاكراه يختلف حكمه فى المذاهب المختلفة، وقد تدرج فى هذه المذاهب على جميع المراتب من البطلان إلى عدم اللزوم .

فالإكراه يفسد التصرف عند أبى حنيفة وصاحبيه .

ويجعله موقوفا عند زفر .

أما عند الشافعى فالإكراه يبطل التصرف ، لأن الباطل والفاسد الموقوف عنده سواء .

ومالك يتخفف ، فيجعل تصرف المكره نافذا غير لازم ، أسوة بالغلط والتدليس والغبن .

والحنابلة يبطلون تصرف المكره ، وهذا هو المذهب عندهم . على أن هناك قولا بأنه نافذ غير لازم(١) .

وقد سبق أن أوردنا حجج كل فريق(٢) فلا نعود إلى ذلك .

نصوص المذهب الحنفى فى فساد بيع المكره :

ونقتصر هنا على رأى أبى حنيفة وصاحبيه ، وهم يقولون بفساد تصرف المكره ، لنبين خصوصية هذا الفساد ، فهو فى بعض أحكامه يختلف عن الفساد الذى تقدم بيانه .

يقول الكاسانى فى بيان حكم تصرف البائع المكره على البيع والتسليم معاً ما يأتى : « فإما إذا كان مكرها عليهما جميعاً ، فباع مكرها وسلم مكرها ، كان البيع فاسداً . ويثبت الملك للمشترى لما قلنا ، حتى لو كان المشترى عبداً فأعتقه نفذ إعتاقه ، وعليه قيمة العبد . لأن بالإعتاق تعذر عليه الفسخ إذ الإعتاق مما لا يحتمل الفسخ ، فتقرر الهلاك ، فتقررت عليه القيمة ، فكان له أن يرجع بقيمة العبد عليه كالبائع . والمكره بالخيار ، إن شاء رجع على المكره بقيمته ثم المكره يرجع على المشترى ، وإن شاء رجع على المشترى ،

---

(١) جاء فى الانصاف للمرداوى « جزء ٤ ص ٢٦٥ » : « فان كان احدهما مكرها لم يصح هذا البيع . هذا المذهب بشرطه ، وعليه الاصحاب . وقال فى الفائق : قلت ويحتمل الصحة وثبوت الخيار عند زوال الاكراه » .

(٢) انظر الجزء الثانى من مصادر الحق فى الفقه الاسلامى ص ٢٢٩ — ص ٢٣٤ .

ولو أعتقه المشترى قبل القبض لاينفذ إعتاقه ، لأن البيع الفاسد لايفيد الملك قبل القبض والإعتاق لاينفذ فى غير الملك . فإن أجاز البائع البيع بعد الإعتاق ، نفذ البيع ولم ينفذ الإعتاق . وهذه المسألة من حيث الظاهر تدل على أن الملك يثبت بالإجازة ، فكانت الإجازة فى حكم الإنشاء . ولكنا نقول إن الملك يثبت بالبيع السابق عند الإجازة بطريق الاستناد ، والمستند مقتصر من وجه ظاهر من وجه ، فجاز ألا يظهر فى حق المعلق بل يقتصر . وللبائع خيار الفسخ والإجازة قبل القبض وبعده دفعاً للفساد ، وأما المشترى فله حق الفسخ قبل القبض ، لأنه لاحكم لهذا البيع قبل القبض . وليس له حق الفسخ بعد القبض ، لأنه طائع فى الشراء فكان لازما فى جانبه . لكن إنما يملك البائع فسخ هذا العقد إذا كان يحتمل الفسخ ، فأما إذا لم يكن بأن تصرف المشترى تصرفا لايحتمل الفسخ كالإعتاق والتدبير والاستيلاد لايملك الفسخ وتلزمه القيمة . وإن تصرف تصرفا يحتمل الفسخ كالبيع والإجارة والكفالة ونحوها ، يملك الفسخ ، بخلاف سائر البياعات الفاسدة فإن تصرف المشترى بإزالة الملك يوجب بطلان حق الفسخ ، أى تصرف كان . ووجه الفرق أن حق الفسخ هناك ثبت لمعنى يرجع إلى المملوك من الزيادة والجهالة ونحو ذلك ، وقد زال هذا المعنى بزوال المملوك عن ملك المشترى ، فبطل حق الفسخ . فلما ثبت حق الفسخ لمعنى يرجع إلى المالك ، وهو كراهته وفوات رضاه وإنه قائم ، فكان حق الفسخ ثابتاً . وكذلك لو باعه المشترى الثانى حتى تداولته الأيدى ، له أن يفسخ العقود كلها لما ذكرنا . وكذا إنما يملك الإجازة إذا كان يحتمل الإجازة ، فأما إذا لم يكن بأن تصرف المشترى تصرفا لايحتمل الفسخ لاتجوز إجازته ، حتى لايجب الثمن على المشترى بل تجب عليه قيمة العبد ، لأن قيام المحل وقت الإجازة شرط لجواز الإجازة ، لأن الحكم يثبت فى المحل ثم يستند ، والهالك لايحتمل الإجازة ، والمحل بالإعتاق صار فى حكم الهالك وتقرر هلاكه لأنه لايحتمل الفسخ ، فيتقرر على المشترى قيمته . وإن تصرف تصرفا يحتمل الفسخ كالبيع ونحوه ، يملك الإجازة وإن تداولته

الأيدى ، وإذا أجاز واحداً من العقود جازت العقود كلها ، ما بعد هذا العقد وما قبله أيضاً . بخلاف الغاصب إذا باع المغصوب ثم باعه المشترى وهكذا حتى تداولته الأيدى وتوقفت العقود كلها ، فأجاز المالك واحداً منها ، إنما كان يجوز ذلك العقد خاصة دون غيره . ولو لم يجز المالك شيئاً من العقود ولكنه ضمن واحداً منهم ، يجوز مابعد عقده دون ماقبله . والفرق أن فى باب الغصب لم ينفذ شىء من العقود بل توقف نفاذ الكل على الإجازة ، فكانت الإجازة شرط النفاذ ، فينفذ مالحقه الشرط دون غيره . أما ههنا فالعقود ماتوقف نفاذها على الإجازة لوقوعها نافذة قبل الإجازة ، إذ الفساد لايمنع النفاذ ، فكانت الإجازة إزالة الإكراه من الأصل ، ومتى جاز الإكراه من الأصل ، جاز العقد الأول ، فتجوز العقود كلها ، فهو الفرق . وبخلاف ما إذا ضمن المغصوب منه أحدهم ، لأنه ملك المغصوب عند اختيار أخذ الضمان منه من وقت جنايته وهو القبض ، إما بطريق الظهور وإما بطريق الاستناد على ماعرف فى مسائل الخلاف ، فلا يظهر فيما قبله من العقود ، وههنا بخلافه على مامر » (البدائع جزء ٧ ص ١٨٧ – ١٨٨ ؛ – وانظر أيضا المبسوط للسرخسى ٢٤ ص ٣٨ – ص ١٥٥ فتح القدير ٧ ص ٢٩٢ – ص ٣٠٩) .

ويتبين من النص الذى قدمناه أن بيع المكره فاسد ، ولكنه يختلف عن البيع الفاسد ويوافق البيع الموقوف فى وجوه ، ويتفق مع البيع الفاسد ويخالف البيع الموقوف فى وجوه أخرى .

أ) بن يختلف بيع المكره عن البيع الفاسد ويوافق البيع الموقوف :

يكون ذلك فى الوجوه الآتية :

أولا — ترد على البيع إجازة العاقد المكره وهو البائع ، قبل القبض وبعده ، فينقلب البيع صحيحاً ، لأن الفساد فيه لحق البائع لا لحق الشرع .

بخلاف البيع الفاسد لغير الإكراه ، فلا ترد عليه الإجازة أصلا ، لأن الفساد فيه لحق الشرع .

ثانيا – ينقطع حق العاقد غير المكره ، وهو المشترى ، فى الفسخ بعد القبض ، فيلزمه البيع إذا قبض المبيع ، لأن رضاءه لم يفت إذ لم يشبه إكراه . والذى فات هو رضاء البائع ، ولذلك يملك الفسخ بعد القبض كما يملك الإجازة . وهذا بخلاف البيع الفاسد لغير الإكراه ، فلكل من العاقدين فسخه حتى بعد القبض ، ولا ينقطع حق الفسخ إلا بتصرف المشترى أو بتغير المبيع .

ثالثا – فى بيع المكره إذا تصرف المشترى فى المبيع تصرفا قابلا للفسخ كالبيع ، لم ينقطع حق البائع فى الفسخ . فإذا ما فسخ إسترد المبيع من أى يد مهما تداولته الأيدى . وهذا بخلاف البيع الفاسد لغير الإكراه ، ففيه إذا تصرف المشترى فى المبيع انقطع حق البائع فى الفسخ . وذلك لأن حق الفسخ « ثبت لمعنى يرجع إلى المملوك من الزيادة والجهالة ونحو ذلك ، وقد زال هذا المعنى بزوال المملوك عن ملك المشترى ، فبطل حق الفسخ . فلما ثبت حق الفسخ لمعنى يرجع إلى المالك ، وهو كراهته وفوات رضاه وإنه قائم ، فكان حق الفسخ ثابتا » .(١)

أين يتفق بيع المكره مع البيع الفاسد ويخالف البيع الموقوف :

يكون ذلك فى الوجهين الآتيين :

أولا – يجوز فى بيع المكره لكل من البائع والمشترى فسخ البيع قبل القبض . أما البيع الموقوف فلا يملك أحد فسخه إلا فى حالات معينة ، وإنما

---

(١) ويبدو أن حكم الهلاك فى بيع المكره يتفق مع حكمه فى كل من البيع الموقوف والبيع الفاسد . فاذا قبض المشترى المبيع وهلك فى يده ، فان كان قبل الاجازة هلك بالقيمة أو بالمثل ، وان كان بعد الاجازة هلك بالثمن المسمى وكذلك الحكم فى البيع الموقوف لغير الاكراه . وفى البيع الفاسد ، اذا هلك المبيع فى يد المشترى هلك بالقيمة أو بالمثل ، ولا يتصور هلاكه بالثمن المسمى لان البيع الفاسد لا ترد عليه الاجازة .

يملك من توقف البيع لمصلحته أن يجيزه فينفذ ، فإن لم تلحقه الإجازة بطل دون فسخ .

ثانيا — فى بيع المكره إذا تصرف المشترى بعد القبض تصرفا غير قابل للفسخ ، كما لو كان المبيع عبدا فأعتقه ، فإن حق البائع فى الفسخ ينقطع ، ويرجع على المشترى بالقيمة أو المثل ولا يرجع بالثمن المسمى لفساد البيع . أما إذا كان الإعتاق قبل القبض ، لم ينقطع حق البائع فى الفسخ فإن فسخ سقط البيع والإعتاق، وإن أجاز بقى البيع وسقط الإعتاق لأن استناد الأجازة هنا مقتصر

وفى البيع الموقوف لمصلحة البائع ، إذا تصرف المشترى ولو تصرفا غير قابل للفسخ ، فإن حق البائع فى عدم جـ. هذا البيع لا ينقطع . فإذا لم يجز سقط البيع والإعتاق معاً ، وإذا أجاز نفذ البيع والإعتاق معاً ، ورجع على المشترى بالثمن المسمى، لا بالقيمة أو بالمثل كما كان يرجع فى بيع المكره على مامر.

ترجيح الوقف على الفساد فى بيع المكره :

ويمكن أن نستخلص مما قدمناه النتائج الآتية :

(١) بيع المكره قد ينتج أثرا باعتباره تصرفا شرعيا ، وذلك إذا لحقته إجازة البائع قبل القبض أو بعده . والبيع الفاسد لغير الإكراه لا ينتج أى أثر باعتباره تصرفا شرعيا كما سبق القول .

(٢) بيع المكره ، كواقعة مادية ، لا يرتب عليه الشرع — كما يرتب على البيع الفاسد لغير الإكراه — إستقرار الملك إذا تصرف المشترى فى المبيع وتداولته الأيدى .

(٣) فى غير ما تقدم يتفق بيع المكره مع البيع الفاسد لغير الإكراه . فهو كتصرف شرعى قابل للفسخ قبل القبض ، وهو كواقعة مادية ينقل ملكا مستقرا إذا تصرف المشترى فى المبيع تصرفا غير قابل للفسخ .

والأولى الأخذ برأى زفر واعتبار بيع المكره موقوفا لا فاسدا ، فإن ما يتفق فيه بيع المكره مع البيع الموقوف من الأحكام أهم مما يتفق فيه هذا

البيع مع البيع الفاسد لغير الإكراه . ذلك أن تصحيح بيع المكره بإجازة البائع قبل القبض وبعده، وانقطاع حق المشترى فى الفسخ بعد القبض، وثبوت حق البائع فى استرداد البيع مهما تداولته الأيدى ، كل هذه أمور جوهرية وفيها يتفق بيع المكره مع البيع الموقوف . أما جواز فسخ المشترى للبيع قبل القبض ، ورجوع البائع على المشترى بالقيمة لا بالثمن المسمى لو تصرف المشترى فى المبيع بعد القبض تصرفا غير قابل للفسخ ، وهى الأحكام التى يتفق فيها بيع المكره مع البيع الفاسد لغير الإكراه ، فهذه أمور غير جوهرية يمكن الإنتقال فيها من أحكام البيع الفاسد إلى أحكام البيع الموقوف دون تعارض مع طبيعة الأشياء ودون أن تختل أصول الصناعة الفقهية . هذا إلى أن الفرق واضح بين خلل يصيب الإرادة كما هو الأمر فى بيع المكره ، وخلل يصيب المحل كما هو الأمر فى البيع الفاسد لغير الإكراه ، فوجب أن يكون لكل من الخللين حكم يختلف عن الحكم الذى للخلل الآخر . وهذا الفرق وصل حدا من الوضوح أحسه حتى الفقهاء الذين يقولون بفساد بيع المكره، فميزوا الفساد فى هذا البيع بخصوصيات ليست فى الفساد لغير الإكراه.

بل إن الأولى هو الأخذ بمذهب مالك وبقول فى مذهب أحمد بن حنبل، واعتبار بيع المكره بيعاً نافذاً غير لازم ، حتى يستوى فى الجزاء عيوب الإرادة جميعاً : الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال . فهذه العيوب كلها من طبيعة واحدة ، فالأولى أن يتوحد فيها الجزاء ، وإن كان الوقف كجزاء لعيوب الإرادة أفضل من عدم اللزوم كما سنرى .

المبحث الثالث

حكم العقد الموقوف

متى يكون العقد موقوفا وفى أى المذاهب :

قدمنا أن العقد يكون موقوفا إذا كان صادراً من ناقص الأهلية ، أما

إذا كان صادراً من عديم الأهلية فالعقد باطل . ويكون العقد أيضا موقوفا إذا كان محله غير مملوك المتصرف ، أو كان مملوكا له وتعلق به حق الغير .
فسبب توقف العقد يرجع إذن إلى إرادة ناقصة أو إلى محل ناقص .

وحالات العقد الموقوف كثيرة متعددة ، حتى قيل إن عددها وصل إلى ثمانى وثلاثين حالة ، كثير منها لا يكون العقد فيها موقوف النفاذ بالمعنى الدقيق ، بل موقوف الانعقاد أو موقوف الصحة أو موقوف اللزوم . والحالات التى يكون فيها العقد موقوف النفاذ يمكن ردها إلى أحد السببين السالفى الذكر : نقص الأهلية أو نقص المحل .

ويتمثل السبب الأول فى الصبي المميز ، ويندرج تحته العبد والمعتوه المميز والسفيه وذو الغفلة ، وكذلك المكره فى قول زفر من حيث أن إرادته ناقصة كإرادة ناقص الأهلية .

ويتمثل السبب الثانى فى الفضولى ، ويندرج تحته البائع إذا باع مرة أخرى من غير مشتريه ، والغاصب ، والمرتد ، والنائب ووكيل النائب إذا جاوز الحدود المرسومة للنيابة ، ومالك العين المرهونة أو العين المؤجرة أو العين المعطاة مزارعة إذا كان البذر من قبل العامل ، والمريض مرض الموت إذا باع لوارثه ، ووصى الميت إذا باع للوارث ، والوارث إذا باع لمورثه المريض ، والورثة إذا باعوا التركة المستغرقة ، أو المولى إذا باع عبده المأذون [1] .

والعقد الموقوف معروف فى الفقة الحنفى وفى الفقه المالكى وفى رواية عن أحمد بن حنبل فى الفقه الحنبلى . وفى الرواية الأخرى فى المذهب الحنبلى وفى مذهب الشافعى لا يعرف العقد الموقوف ، وهو والفاسد والباطل سواء .

فنحن إذ نستعرض حكم العقد الموقوف نستعرضه فى المذاهب التى تعرفه ،

---

(١) انظر فى ذلك مقالا للدكتور زكى عبد البر فى العقد الموقوف فى الفقه الاسلامى وفى القانون المدنى العراقى وما يقابله فى القانون المدنى المصرى . . مجلة القانون والاقتصاد السنة الخامسة والعشرون ص ١٢٢ — ص ١٤٢ .

ونتكلم تباعا : (١) فى حكم العقد الموقوف لنقص الأهلية (٢) وفى حكم العقد الموقوف لتعلق حق الغير بالمحل .

المطلب الأول

حكم العقد الموقوف لنقص الأهلية

ترتيب الولاية على القاصر والمحجور :

أول الأولياء هو الأب ، ثم وصيه ، ثم وصى وصيه . ويلى ذلك الجد لأب ، ثم وصيه ، ثم وصى وصيه . ويلى ذلك القاضى ، ثم من نصبه القاضى وهو الوصى . وليس لمن سوى هؤلاء من الأم والأخ والعم وغيرهم ولاية التصرف فى مال الصغير ، إلا من ينصبه القاضى وصياً .

ويلحق بالقاصر المحجور عليه لجنون أو عته أو غفلة أو سفه ، فينصب له قيم يكون بمثابة الوصى .

مدى ولاية الولى فى التصرف فى مال الصغير أو المحجور :

لا يملك الولى ، أيا كان ، أن يتصرف فى مال الصغير أو المحجور تصرفا ضارا ضررا محضاً . فليس له أن يهب مال الصغير أو المحجور ، ولا أن يتصدق به ، ولا أن يوصى به ، ولا أن يعتق عبده ، ولا أن يقرض ماله .

ويملك الولى ، أيا كان ، أن يباشر لمصلحة الصغير أو المحجور تصرفا نافعاً نفعاً محضاً ، فله أن يقبل الهبة والصدقة والوصية والعارية والكفالة وأن يزوج أمته .

أما التصرفات التى تدور بين النفع والضرر ، فيملكها الولى بشرط ألا يلحق بالصغير أو المحجور الغبن الفاحش . فله أن يبيع مال الصغير أو المحجور

بأكثر من قيمته أو بمثلها أو بأقل منها قدر ما يتغابن الناس فيه عادة . وله أن يشترى بماله شيئاً بأقل من قيمته أو بمثلها أو بأكثر منها قدر مايتغابن الناس فيه عادة . وله أن يؤجر ماله بأكثر من أجرة المثل أو بأجرة المثل أو بأقل منها قدر ما يتغابن الناس فيه عادة . وله أن يستأجر له شيئاً بأقل من أجرة المثل أو بأجرة المثل أو بأكثر منها قدر مايتغابن الناس فيه عادة . وله أن يعير ماله استحسانا ، والقياس أن الإعارة تمليك المنفعة بغير عوض فلا تجوز ، ولكنها جازت استحسانا لأنها من توابع التجارة وضروراتها فتملك بملك التجارة ، ولهذا ملكها المأذون . وله أن يرهن ماله بدين ، لأن الرهن من توابع التجارة ، ولأنه قضاء الدين وهو يملك قضاء دينه من ماله فيملك الرهن بدينه ، وله أن يأذن له بالتجارة إذا كان يعقل البيع والشراء ، لأن الإذن بالتجارة دون التجارة ، فإذا ملك التجارة بنفسه فلأن يملك الإذن بالتجارة أولى . وهذا هو الحكم فى سائر التصرفات التى تدور بين النفع والضرر .

مدى أهلية الصغير والمحجور فى التصرف :

أما إذا باشر الصغير المميز أو المحجور المميز التصرفات بنفسه ، فإنه يملك منها ماينفع نفعا محضا على الوجه السالف الذكر ، وتصرفه يكون صحيحا نافذاً . ولا يملك منها مايضر ضررا محضا على النحو الذى قدمناه ، وتصرفه يكون باطلا . وإذن لا يملك أحد — لا ناقص الأهلية ولا الولى — أن يتصرف فى مال الصغير أو المحجور تصرفا يضر ضررا محضا . أما التصرفات التى تدور بين النفع والضرر ، فهذه إذا باشرها ناقص الأهلية بنفسه تنعقد صحيحة موقوفة . فإذا أجازها الولى ، أو أجازها ناقص الأهلية بعد أن يستكمل أهليته ببلوغه سن الرشد أو بفك الحجر عنه ، نفذت فى حقه .

فننظر إذن فى حكم هذه التصرفات قبل الإجازة ، ثم ننظر فى الإجازة وحكم تحققها أو تخلفها .

تصرفات ناقص الأهلية قبل الإجازة :

التصرف الذى يدور بين النفع والضرر ويباشره ناقص الأهلية ينعقد صحيحا . ذلك أن عبارة ناقص الأهلية صالحة لإنشاء التصرفات ، فهو قادر على فهم معانى العبارات التى تنعقد بها العقود .

ولكن لما كانت قدرة ناقص الأهلية على التميز قدرة محدودة ، وكان التصرف يدور بين النفع والضرر ، فإنه لايؤمن على تقدير مايجره عليه التصرف من نفع أو ما يلحقه به من خسارة ، فكان تصرفه موقوفا لاينفذ لهذا السبب ، حتى يراجعه الولى . أما عند الشافعى فالتصرف باطل لاينعقد ، ولو أجازه الولى .

والفرق بين الحكمين ظاهر ، فليس معنى أن التصرف موقوف هو أنه لم ينعقد ، أو أنه انعقد فاسدا ، بل التصرف قد انعقد صحيحا ولكنه لاينتج أثره قبل إجازة الولى له . فقبل الإجازة يكون بيع القاصر لماله ولو بأكثر من قيمته موقوف الأثر ، ولا تنتقل ملكية المبيع إلى المشترى ، ولا يلزم المشترى دفع الثمن . ولكن البيع ، وإن كان موقوفا ، لايكون قابلا للفسخ . فلا يجوز فسخه ولا الرجوع فيه ، لا من المشترى ولا من ناقص الأهلية . بل على هذين أن يتربصا بالبيع إجازة الولى ، فإن أجاز نفذ البيع ، وإن لم يجز بطل .

ويخلص من ذلك أن التصرف فى فترة وقفه لا يكون له وجود مادى فحسب ، بل يكون له أيضا وجود قانونى ، لأنه انعقد ، بل انعقد صحيحا . ولكن هذا الوجود القانونى لاتترتب عليه آثاره ، فهو من هذه الناحية يقارب العقد الباطل ، ولكنه يفارقه فى أن الآثار موقوفة لا منعدمة وهى على خطر النفاذ أو الزوال .

الإجازة — تحققها أو تخلفها :

يبقى تصرف ناقص الأهلية موقوفا على النحو الذى قدمناه ، إلى أن يتبين مصيره بإجازته أو بعدم إجازته . فإن أجيز نفذ ، وتميز عن التصرف الباطل تميزا كبيرا إذ أصبح تصرفا نافذ الأثر . وإن تخلفت الإجازة انعدم، واختلط بالتصرف الباطل فأصبح باطلا مثله . وليس هناك وقت معلوم إذا انقضى اعتبر التصرف مجازا أو غير مجاز ، بل يبقى التصرف موقوفا إلى أن يعلن من له حق الإجازة إجازته أو عدم إجازته .

والإجازة تصرف قانونى يستند إلى وقت التصرف ، وسنبين ذلك تفصيلا عند الكلام فى إجازة تصرف الفضولى . والذى يملك الإجازة هو الولى أو ناقص الأهلية نفسه عندما يستكمل أهليته كما سبق القول ، ويجب أن يكون هناك مجيز للتصرف وقت صدوره ووقت صدور الإجازة . فإذا صدر من ناقص الأهلية تصرف لا يملكه وليه ، كان التصرف باطلا فلا تلحقه الإجازة . وقد يكون المجيز وقت صدور الإجازة غير المجيز وقت صدور التصرف ، فيكون هناك ولى يملك الإجازة وقت صدور التصرف ، ثم لا يكون هو المجيز ، بل يجيز التصرف ناقص الأهلية عند استكمال أهليته . لكن اذا أعلن الولى عدم إجازته للتصرف ، لم تصح الإجازة بعد ذلك من المتصرف نفسه بعد استكمال أهليته [1] .

---

(١) ويقول الكاسانى فى صدد اجازة تصرف ناقص الاهلية ما يأتى :
« وكذلك الصبى المحجور عليه اذا باع مال نفسه او اشترى او تزوج امراة أوزوج أمته أو كاتب عبده أو فعل بنفسه ما لو فعل عليه وليه لجاز عليه ، يتوقف على اجازة وليه مادام صغيرا ، أو على اجازته بنفسه بعد البلوغ ان لم يوجد من وليه فى حالة صغره . حتى لو بلغ الصبى قبل اجازة الولى ، فأجاز بنفسه ، جاز ، ولا يتوقف على نفس البلوغ من غير اجازة . لان هذه التصرفات لها مجيز حال وجودها ، الا ترى أنه لو فعلها وليه جازت فاحتمل التوقف على الاجازة . وانما يتوقف على اجازته بنفسه أيضا بعد البلوغ كما يتوقف على اجازة وليه فى حالة صغره ، لانه لما بلغ فقد ملك
=

المطلب الثانى

حكم العقد الموقوف لتعلق حق الغير بالمحل

صور مختلفة :

قدمنا أن حق الغير يتعلق بالمحل فى صور مختلفه . أهمها وابرزها أن يكون المحل مملوكا للغير ، وهذا هو تصرف الفضولى ، وسنجعل كلامنا فيه أصلا . وقد لا يبلغ حق الغير هذا المبلغ ، فلا يكون مالكا . بل يكون مرتهنا وهذا هو بيع المرهون ، أو مستأجرا وهذا هو بيع المستأجر ، أو وارثا إذا باع المريض مرض الموت ماله منه . ونوجز القول فى هذه الصور المختلفة بعد الكلام فى تصرف الفضولى .

= الانشاء فاولى ان يملك الاجازة ، ولان ولايته على نفسه فوق ولاية وليه عليه فى حال صفره فلما جاز باجازة وليه فلان يجوز باجازة نفسه أولى . ولا يجوز بمجرد البلوغ لان الاجازة لها حكم الانشاء من وجه وانه فعل فاعل مختار ، والبلوغ ليس صنعه فلا يعقل اجازة . . . وبمثله اذا طلق الصبى امراته او خالعها أو أعتق عبده على غير مال أو على مال أو وهب ماله او تصدق به أو زوج عبده امراة او باع ماله بمحاباة او اشترى شيئا بأكثر من قيمته قدر ما لا يتغابن فى مثله عادة أو غير ذلك من التصرفات مما لو فعله وليه فى حال صفره لا يجوز عليه ، لا ينعقد ، حتى لو أجاز وليه او الصبى بعد البلوغ بلفظ يصلح للانشاء ، بأن يقول بعد البلوغ أوقعت ذلك الطلاق أوذ لك العتاق ، فيجوز ويكون ذلك انشاء لا اجازة . . وكذلك وصية الصبى لا تنعقد ، لانها تصرف لا مجيز له حال وجوده ، الا ترى أنه لو فعل الولى لايجوز عليه ، فلا يتوقف . وسواء أطلق أو اضافها الى حال البلوغ كما قلنا حتى لو أوصى ثم مات قبل البلوغ أو بعده لا تجوز وصيته الا اذا بلغ واجاز تلك الوصية بعد البلوغ فتجوز ، لان الاجازة منه بمنزلة انشاء الوصية ، ولو انشأ الوصية بعد البلوغ صح ، كذا هذا « البدائع ٥ ص ١٤٩ — ص ١٥٠ » .

§ ١ — تصرف الفضولى

من هو الفضولى :

الفضولى فى الفقه الإسلامى غير الفضولى فى الفقه الغربى . فى الفقه الغربى الفضولى هو من قام بحاجة ضرورية عاجلة لرب العمل تفضلا منه، فيرجع عليه بما أنفق فى ذلك . أما الفضولى فى الفقه الإسلامى فهو من يتدخل فى شئون الغير دون توكيل أو نيابة ، وليس من اللازم أن يقوم بحاجة ضرورية عاجلة. فمن باع مال غيره دون أن يكون وكيلا بالبيع أو نائبا عن المالك فهو فضولى، ويستوى فى ذلك أن يبيعه على أنه مال الغير أو أن يبيعه على أنه ماله هو (١)،

---

(١) ومع ذلك فقد جاء فى البحر الرائق ما يفيد أن الفضولى لو باع المال على انه ماله هو لم ينعقد البيع : « ولو قال المصنف رحمه الله تعالى باع ملك غيره لمالكه لكان أولى ، لانه لو باعه لنفسه لم ينعقد أصلا كما فى البدائع» (البحر ٦ ص ١٥٠) . ولكن ابن عابدين صحح هذا القول واعتبر أن الفضولى لو باع ملك غيره على أنه ماله هو انعقد البيع موقوفا كما لو باع على أنه مال الغير ، واستشهد بأن المبيع اذا استحق توقف البيع على اجازة المستحق ، والبائع فى هذا الفرض باع المال على انه ماله هو ومع ذلك انعقد البيع موقوفا على اجازة المالك وهو المستحق . جاء فى ابن عابدين فى هذا الصدد : « قوله على انه لمالكه الخ . . اى على أن البيع لاجل مالكه لا لاجل نفسه . وهذا مأخوذ من البحر ، حيث قال ولو قال المصنف باع ملك غيره كمالكه لكان أولى ، لانه لو باعه لنفسه لم ينعقد أصلا كما فى البدائع ا هـ . لكن صاحب المنحة قال فى منحه أقول يشكل على مانقله شيخنا من البدائع ماقالوه من ان المبيع اذا استحق لاينفسخ العقد فى ظاهر الرواية بقضاء القاضى بالاستحقاق ، وللمستحق أجازته . وجه الاشكال ان البائع باع لنفسه لا للمالك الذى هو المستحق ، مع انه توقف على الاجازة . ويشكل عليه بيع الغاصب . فانه يتوقف على الاجازة . فالظاهر ضعف ما فى البدائع فلا ينبغى ان يعول عليه لمخالفته لفروع المذهب ا هـ . وذكر نحوه الخير الرملى ، ثم استظهر ان ما فى البدائع رواية خارجة عن ظاهر الرواية . اقول يظهر لى أن ما فى البدائع لا اشكال فيه ، بل هو صحيح ، لان قول البدائع لو باعه لنفسه لم ينعقد أصلا معناه لو باعه من نفسه ، فاللام بمعنى من ، فهو المسألة الثانية من المسائل الخمس ، وحينئذ فمراد البدائع ان الموقوف ما باعه لغيره ، أما لو باعه لنفسه لم ينعقد أصلا . فالخلل انما جاء مما فهمه صاحب البحر من أن اللام للتعليل ، وانه احتراز عما اذا باعه لاجل مالكه. ولله در أخيه صاحب النهر حيث وقف على حقيقة الصواب ، فقال عند قول الكنز : ومن باع ملك غيره يعنى لغيره ، أما اذا باع لنفسه لم ينعقد ، كذا فى البدائع ا هـ . لكنه لو عبر بمن بدل اللام لكان ابعد عن الابهام ، وعلى كل فهو عين ما ظهر لى والحمد لله رب العالمين » (ابن عابدين ٤ ص ٢١٠ — ص ٢١١) .

وسواء علم المشترى أنه فضولى أو لم يعلم . ومن اشترى لغيره مالا دون توكيل أو نيابة يكون فضوليا . وقل مثل ذلك فى سائر التصرفات : الهبة والإجارة والعارية والقرض وغيرها . ونفرض أن الفضولى يبيع مال الغير أو يشترى مالا للغير ، فنتكلم فى تصرف الفضولى قبل الإجازة ، ثم نتكلم فى الإجازة إذا تحققت أو تخلفت .

بيع الفضولى قبل الإجازة :

يكون البيع الصادر من الفضولى منعقداً صحيحا ولكنه موقوف ، فلا ينتج أثر البيع إلى أن يجاز ، مثله مثل تصرف ناقص الأهلية فيما مر . فيكون للتصرف وجود قانونى ، ولكن يوقف أثره ، فلا تنتقل ملكية المبيع إلى المشترى ويتوقف التزام المشترى بدفع الثمن(١) . وجاء فى فتح القدير (جزء ٥ ص ٣١٦) :

---

(١) وقال الشافعى تصرف الفضولى لاينعقد ، فهو والعقد الباطل سواء ، لانه لم يصدر عن ولاية شرعية ، اذ الولاية تثبت بالملك او باذن المالك وقد فقدا ، ولا انعقاد الا بالقدرة الشرعية . وتجيب الحنفية على ذلك بأن تصرف الفضولى تصرف تمليك ، وقد صدر من اهله العاقل البالغ فى محله وهو المال المتقوم ، فوجب القول بانعقاده اذ لاضرر فيه مع تخيره ، بل فيه نفعه حيث يكفى مؤونة طلب المشترى وحقوق العقد فانها لاترجع الى المالك ، وفيه نفع العاقد يصون كلامه عن الالغاء ، وفيه نفع المشترى لانه اقدم عليه طائعا ولولا النفع لما اقدم . فتثبت القدرة الشرعية تحصيلا لهذه الوجوه . هذا الى أن الاذن ثابت دلالة ، لان العاقل يأذن فى التصرف النافع . ويستدل الحنفية أيضا بحديث عروة البارقى أن النبى صلى الله عليه وسلم اعطاه دينارا ليشترى به اضحية ، فاشترى شاتين ، فباع احدهما بدينار ، وجاء بالشاة والدينار الى النبى صلى الله عليه وسلم واخبره بذلك ، فقال عليه السلام : بارك الله لك فى صفقتك . ورواه الترمذى عن عروة وحكيم بن حزام كما بينه فى النهاية (البحر ص ١٤٧ وانظر فتح القدير ٥ ص ٣٠٩ — ص ٣١٠) . ومعنى ذلك ان عروة كان فضوليا فى بيع احدى الشاتين ، وقد اجاز النبى عليه السلام الصفقة بدعائه لعروة بالبركة فيها .

وجاء فى المهذب : « ولا يجوز بيع مالا يملكه من غير اذن مالكه ، لما روى حكيم بن حزام أن النبى صلى الله عليه وسلم قال لاتبع ماليس عندك ، ولان مالايملكه لايقدر على تسليمه فهو كالطير فى الهواء او السمك فى الماء (المهذب ١ ص ٢٦٢) — وجاء فى الوجيز : « فبيع الفضولى مال الغير لايقف على اجازته على المذهب الجديد . وكذلك بيع الغاصب وان كثرت تصرفاته فى اثمان المغصوبات على أقيس الوجهين ، فيحكم ببطلان الكل . ولو باع مال ابيه على ظن انه حى فاذا هو ميت والمبيع ملك البائع ، حكم بصحة

=

« بيع الفضولى لا ينعقد فى حق الحكم عند محمد وهو الملك لانعدام الولاية .. وعندهما يوجبه موقوفا ، لأن الأصل اتصال الحكم بالسبب ، والتأخير لدفع الضرر عن المالك ، والضرر فى نفاذ الملك لافى توقفه » . وعند مالك تصرف الفضولى موقوف أيضا (١) ، وهو إحدى الروايتين فى مذهب أحمد بن حنبل (٢) .

البيع على أسد القولين » (الوجيز ١ ص ١٣٤) . وجاء فى شرح البهجة « يرد بيع الفضولى بأن باع مال غيره بلا ولاية ، كذا يرد شراؤه لغيره بعين مايملكه سواه أو غيره أو بثمن فى ذمته كما فهم بالاولى اذ لاسبيل له على ذمته بحال ، كأن يقول اشتريت لفلان كذا بألف فى ذمته ، فان لم يقل فى ذمته وقع العقد للمباشر كما ذكره الرافعى فى الوكالة .. اما لو اشتراه لغيره بمال نفسه ، فان لم يسمه وقع للمباشر وان اذن الغير ، وان سماه فان لم يأذن له لغت التسمية وقع للمباشر والا وقع للآذن ويكون المعطى قرضا ولا تقوم النية هنا مقام التسمية كما ذكره الشيخان . وفى القديم عقد الفضولى موقوف على الاجازة لخبر ابى داوود عن عروة البارقى .. وهو قوى فى الدليل يعنى الخبر المذكور فانه صححه لكن ضعفه غيره ، وقال الخطابى انه غير متصل . وقال شيخنا شيخ الاسلام ابن حجر الصواب انه متصل فى اسناده مبهم (شرح البهجة لزكريا الانصارى ٢ ص ٤٠٦) .

(١) جاء فى القوانين الفقهية : « فاما الشراء لاحد بغير اذنه أو البيع عليه كذلك فهو بيع الفضولى ، فينعقد ويتوقف على اذن ربه ، وقال الشافعى لاينعقد » (القوانين الفقهية لابن جزى ص ٢٤٥ — ص ٢٤٦) .

وجاء فى بداية المجتهد : « واختلفوا من هذا فى بيع الفضولى هل ينعقد أم لا ، وصورته أن يبيع الرجل مال غيره بشرط ان رضى به صاحب المال أمضى البيع وان لم يرض فسخ ، وكذلك فى شراء الرجل للرجل بغير اذنه على انه ان رضى المشترى صح الشراء والا لم يصح . فمنعه الشافعى فى الوجهين جميعا ، وأجازه مالك فى الوجهين جميعا . وفرق بينه أبو حنيفة بين البيع والشراء فقال يجوز فى البيع ولا يجوز فى الشراء .. وعمدة المالكية ماروى أن النبى صلى الله عليه وسلم دفع الى عروة البارقى دينارا وقال اشترلنا من هذا الجلب شاة ، قال فاشتريت شاتين بدينار وبعت احدى الشاتين بدينار ، وجئت بالشاة والدينار فقلت يارسول الله هذه شاتكم وديناركم ، فقال اللهم بارك له فى صفقة يمينه . ووجه الاستدلال منه أن النبى صلى الله عليه وسلم لم يأمره فى الشاة الثانية لا بالشراء ولا بالبيع ، فصار ذلك حجة على أبى حنيفة فى صحة الشراء للغير ، وعلى الشافعى فى الامرين جميعا . وعمدة الشافعى النهى الوارد عن بيع الرجل ماليس عنده ، والمالكية تحمله على بيعه لنفسه لا لغيره ، قالوا والدليل على ذلك أن النهى انما ورد فى حكيم بن حزام وقضيته مشهورة ، وذلك أنه كان يبيع لنفسه ماليس عنده . وسبب الخلاف المسألة المشهورة هل اذا ورد النهى عن سبب حمل على سببه أو يعم (ابن رشد طبعة الخانجى ٢ ص ١٤٣ — ص ١٤٤) .

(٢) جاء فى المغنى : « وان اشترى بعين مال الامر أو باع بغير اذنه أو

ويترتب على أن بيع الفضولى موقوف النتائج الآتية :

(١) إذا سلم الفضولى المبيع إلى المشترى ، فهلك قبل الإجازة ، فللمالك أن يضمن الفضولى أو المشترى أيهما شاء . وأيهما اختار ضمانه برىء الآخر ، لأن فى التضمين تمليكا منه ، فإذا ملكه من أحدهما لا يمكن تمليكه من الآخر . فإن اختار تضمين المشترى بطل البيع ، لأنه يرجع عليه بالقيمة لا بالثمن

=
اشترى لغير موكله بعين ماله أو باع ماله بغير اذنه ، ففيه روايتان . احداهما البيع باطل ، ويجب رده ، وهذا مذهب الشافعى وابى ثور وابن المنذر . والثانية البيع والشراء صحيحان ويقف على اجازة المالك ، فان اجازه نفذ ولزم البيع ، وان لم يجزه بطل ، وهذا مذهب مالك واسحق وقول ابى حنيفة فى البيع فأما الشراء فعنده يقع للمشترى بكل حال . ووجه هذه الرواية ما روى عروة بن الجعد البارقى رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم اعطاه دينارا ليشترى به شاة ، فاشترى شاتين ثم باع احداهما بدينار فى الطريق . قال فأتيت النبى صلى عليه وسلم بالدينار والشاة فأخبرته ، فقال بارك الله لك فى صفقة يمينك ، رواه الاثرم وابن ماجة . ولانه عقد له مجيز حال وقوعه ، فيجب أن يقف على اجازته كالوصية . ووجه الرواية الاولى قول النبى صلى الله عليه وسلم لحكيم بن حزام لاتبع ماليس عندك ، رواه ابن ماجه والترمذى ، وقال حديث حسن صحيح : يعنى مالاتملك ، لانه ذكره جوابا له حين سأله ان يبيع الشىء ثم يمضى فيشتريه ويسلمه . ولاتفاقنا على صحةبيع مال الغائب ، ولانه باع مالايقدر على تسليمه فأشبه الطير فى الهواء . والوصية يتأخر بها القبول عن الايجاب ، ولا يعتبر أن يكون لها مجيز حال وقوع العقد ، ويجوز فيها من الغرر ما لا يجوز فى البيع . فاما حديث عروة فنحمله على أن وكالته كانت مطلقة بدليل أنه سلم وتسلم وليس ذلك لغير المالك باتفاقنا .. ولو باع سلعة وصاحبها حاضر باكثر ، فحكمه حكم مالو باعها من غير علمه فى قول اكثر أهل العلم ، منهم ابو حنيفة وابو ثور والشافعى . وقال ابن ابى ليلى سكوته اقرار لانه دليل على الرضا ، فأشبه سكوت البكر فى الاذن فى نكاحها . ولنا أن السكوت محتمل ، فلم يكن اذنا كسكوت الثيب ، وفارق سكوت البكر لوجود الحياء المانع من الكلام فى حقها وليس ذلك بموجود هنا » (المغنى طبعة ثالثة ٤ ص ٢٠٥ ٢٠٦)

وجاء فى الانصاف للمردارى : « فان باع ملك غيره بغير اذنه او اشترى بعين ماله شيئا بغير اذنه ، لم يصح . وهو المذهب ، وعليه أكثر الاصحاب .. وعنه يصح ويقف على أجازة المالك ، اختاره فى الفائق وقال لاقبض ولا اقباض قبل الاجازة » (جزء ٤ ص ٢٨٣ — وانظر ايضا القواعد لابن رجب القاعدة الخامسة والستين فيمن تصرف فى شىء يظن انه لايملكه فتبين أنه كان يملكه) .

المسمى ، وأخذ القيمة كأخذ العين ، فكأنه انتزع العين من يده ولم يجز البيع فبطل . ويرجع المشترى على الفضولى بالثمن الذى دفعه له ، لا بما ضمن . وإن اختار تضمين الفضولى ، نظر هل كان الفضولى قد قبض المبيع من مالكه مضمونا عليه فيكون قد ملكه بالضمان مستنداً إلى وقت القبض أى إلى وقت سابق على صدور البيع إلى المشترى ، فيكون البيع قد صدر من مالك فينفذ . أما إذا كان الفضولى قد قبض المبيع من مالكه أمانة فى يده ، فيكون وقت أن باعه المشترى غير مالك ، وإنما وجب الضمان عليه بتسليمه المبيع للمشترى بعد صدور البيع ، فلا ينعقد بيعه لتأخر سبب ملكه عن عقد البيع ، ويرجع الفضولى على المشترى بالقيمة لأن المشترى تسلم المبيع فهلك عنده ويده يد ضمان (فتح القدير ٥ ص٣١٣ - البحر ٦ ص١٤٩) .

(٢) إذا سلم الفضولى المبيع إلى المشترى ، فباع المشترى المبيع من مشتر ثان ، فأى عقد أجازه المالك جاز هذا العقد خاصة دون العقد الآخر . ذلك أن الفضولى بتسليمه المبيع الى المشترى يكون غاصبا ، والغاصب اذا باع المغصوب وسلمه ، ثم باعه المشترى من غيره ، ثم أجاز المالك احد البيعين ، فإنه ينفذ ما أجازه المالك خاصة . لأن الغصب لا يزيل ملكه ، فكل بيع من هذين البيعين يوقف على إجازته لمصادفته ملكه ، فتكون إجازته لأحد البيعين تمليكا للعبد من المشترى بحكم هذا البيع ، فلا ينفذ ما سواه (السرخسى فى المبسوط ٢٤ ص ٩٦) . وقد يقال ان المالك إذا أجاز البيع الأول فانتقل الملك الى المشترى من الغاصب ، وجب أن ينفذ تبعا لذلك البيع الثانى إذ يتبين أن المشترى من الغاصب قد باع ملكه إلى المشترى الثانى . ولكن يرد على ذلك بأن ملك المشترى من الغاصب أصبح باتا بالإجازة ، وملك المشترى من المشترى موقوف لعدم إجازته ، والملك البات اذا ورد على الملك الموقوف أبطله . جاء فى ابن عابدين : « وأما عدم نفاذ البيع (أى البيع الصادر من المشترى من الغاصب بعد اجازة المالك لبيع الغاصب) ، فبطلانه بالإجازة ، لأنه يثبت بها الملك للمشترى باتا ، والملك البات اذا ورد على الموقوف أبطله

وكذا لو وهبه مولاه للغاصب أو تصدق به عليه أو مات فورثه . فهذا كله يبطل الملك الموقوف . وأورد عليه أن بيع الغاصب ينفذ بأداء الضمان مع أنه طرأ ملك بات للغاصب على ملك المشترى الموقوف ، وأجيب بأن ملك الغاصب ضرورى ضرورة أداء الضمان فلم يظهر فى إبطال ملك المشترى » (ابن عابدين ٤ ص ٢٢٠) . وجاء فى البحر الرائق : « وأما بيع المشترى من الغاصب فإنما لا يصح لبطلان عقده بالإجازة فإن به يثبت الملك للمشترى باتا ، والملك البات اذا ورد على الموقوف أبطله . وكذا لو وهبه مولاه للغاصب أو تصدق به عليه أو مات فورثه ، فهذا كله يبطل الملك الموقوف ، لأنه لا يتصور اجتماع البات والموقوف فى محل واحد على وجه يطرأ فيه البات (البحر ٦ ص ١٥١ ومع ذلك انظر ص ١٥٢) .

(٣) إذا صار الفضولى مالكا للمبيع بعد صدور البيع منه ، فإن بيعه يبطل ، وله بعد أن أصبح مالكا أن ينقل الملك للمشترى بعقد مبتدأ لا بإجازة العقد الأول . جاء فى الفتاوى الهندية : «ومن باع ملك غيره ثم اشتراه ،وسلم إلى المشترى ، لم يجز ، ويكون باطلا لا فاسدا . وإنما يجوز إذا تقدم سبب ملكه على بيعه ،حتى أن الغاصب إذا باع المغصوب ثم ضمنه المالك جاز بيعه . ولو اشتراه الغاصب من المالك أو وهبه منه أو ورثه منه لا ينفذ بيعه قبل ذلك، كذا فى الفصول العمادية » (الفتاوى الهندية ٣ ص ١١١) . ويمكن أن يقال هنا أيضا إن ملك الفضولى قد أصبح باتا ، فطرأ على ملك المشترى منه وهو ملك موقوف ، فأبطله (قارن مع ذلك ابن عابدين ٤ ص ٢٢٠) .

وتميز المالكية بين ما إذا ملك الفضولى المبيع بالميراث فينتقل ما كان لمورثه له فيصح أن ينقض البيع الصادر منه قبل انتقال الملك بالميراث ، وبين ما إذا ملك المبيع بسبب آخر كالبيع والهبة والصدقة فيصح البيع الصادر منه ولا يجوز له نقضه . ويكون المذهب المالكى على خلاف المذهب الحنفى فيما إذا صار الفضولى مالكا للمبيع بسبب غير الميراث بعد صدور البيع منه ، ففى المذهب الحنفى يبطل البيع ، ويصح البيع فى مذهب مالك. جاء فى الدسوقى على الشرح

الكبير للدردير : « وللغاصب إذا باع المغصوب قبل ملكه من ربه نقض بيع ما باعه أو وهبه أو أعتقه أو وقفه إن ورثه من المغصوب منه، لانتقال ما كان لمورثه له ، لا إن اشتراه من المغصوب منه بعد أن باعه أى أو ملكه بهبة أو صدقة من المغصوب منه فليس له النقض — تنبيه : من فروع هذه المسألة شريك فى دار باعها كلها تعديا ، ثم ملك حظ شريكه، فإن ملكه بإرث رجع فيه ويأخذ نصيبه بالشفعة ،وإن ملكه بشراء أو هبةأو صدقة فلا رجوع له» (الدسوقى على الشرح الكبير للدردير ٣ ص ١١) .

بيع الفضولى قبل الاجازة قابل للفسخ من الطرفين :

على أن بيع الفضولى ، وهو موقوف قبل الإجازة ، هو أيضا قابل للفسخ من الجهتين : جهة المشترى وجهة الفضولى نفسه . وهذا بخلاف بيع ناقص الأهلية ، فقد قدمنا أنه موقوف، ولكنه غيرقابل للفسخ لا من جهة المشترى ولا من جهة ناقص الأهلية . ومن ثم يكون للفضولى فسخ البيع الصادر منه،حتى لوأن المالك أجازه بعدذلك لا ينفذ لزوال العقد الموقوف . وإنما كان له الفسخ ليدفع الحقوق عن نفسه،فإنه بعد الإجازة يصير كالوكيل، فترجع حقوق العقد إليه ، فيطالب بالتسليم ويخاصم بالعيب،وفى ذلك ضرر به ، فله دفعه عن نفسه قبل ثبوته.وللمشترى فسخ البيع قبل الإجازة ، تحرزا عن لزوم العقد.جاء فى البدائع : « ولو فسخه البائع (الفضولى) قبل الإجازة انفسخ واسترد المبيع إن كان قد سلم ، ويرجع المشترى بالثمن على البائع إن كان قد نقده . . وكذا إذا فسخه المشترى ينفسخ ... إن البيع الموقوف لو إتصلت به الإجازة ، فالحقوق ترجع إلى العاقد ، فهو بالفسخ يدفع العهدة عن نفسه ، فله ذلك » (البدائع ٥ ص ١٥١ — انظر أيضا فتح القدير ٥ ص ٣١٢ — البحر الرائق ٦ ص ١٤٨) .

أما فى مذهب مالك فبيع الفضولى لازم من جهة الفضولى ومن جهة المشترى ، منحل من جهة المالك .

شراء الفضولى :

فى المذهب الحنفى إذا إشترى الفضولى شيئا لغيره، وأضاف العقد لنفسه، هو والبائع ، ولم يضيفاه إلى الغائب ، فإن العقد ينفذ فى حقه هو ولا يتوقف على إجازة الغائب . فيصبح بحكم هذا العقد النافذ فى حقه مشتريا لنفسه ، وهو المالك لما اشتراه والمدين بثمنه . وله أن يبيع ما اشتراه ، بعقد مبتدأ ، إلى الغائب أو إلى غيره. وهذا مالم يكن الفضولى من غير أهل لزوم العهدة ، بأن كان صبيا أو محجورا ، فلا يجد العقد نفاذا عليه لعدم الأهلية ، فيتوقف على إجازة الذى اشترى له . أما إذا أضاف العاقدان العقد إلى الغائب ، فإنه ينصرف إلى هذا الغائب ويتوقف على إجازته ، كما فى بيع الفضولى .

وقد جاء فى الفتاوى الخانية فى هذا الصدد ما يأتى : «وشراء الفضولى لا يتوقف ، ويكون مشترياً لنفسه . وهو على وجوه أربعة : أحدها أن يقول البائع بعت هذا من فلان الغائب بألف درهم، ويقول الفضولى اشتريت لفلان أو يقول قبلت لفلان أو قال قبلت ولم يقل لفلان. فهذا العقد يتوقف على إجازة الغائب ، إن أجاز يكون الشراء لفلان ، وإن لم يجز بطل العقد . والثانى أن يقول المالك بعت هذا منك بكذا، فقال الفضولى قبلت أو اشتريت ونوى الشراء لفلان . فإن الشراء ينفذ عليه، ولا يتوقف . ولو قال الفضولى اشتريت هذا لفلان بكذا ، وقال البائع بعت منك ، قيل فيه روايتان . والصحيح أنه باطل لا يتوقف .... والرابع أن يقول المالك بعت منك هذا بكذا لأجل فلان ، وقال المشترى اشتريت أو قبلت، أو قال المشترى أولا اشتريت هذا لأجل فلان فقال البائع بعت، فإنه ينفذ على المشترى ولا يتوقف. رجل اشترى عبداً وأشهد أنه يشتريه لفلان، فقال للبائع اشتريت منك هذا العبد لفلان ، وقال البائع بعت ، وقال فلان قد رضيت . ذكر الناطفى رحمه الله تعالى أن للمشترى أن يمنع العبد عن فلان ، لأن الشراء وجد نفاذاً على العاقد فينفذ عليه . فإن سلم المشترى إلى فلان، كانت العهدة للبائع على المشترى

وهو العاقد ، ويكون تسليم المشترى إلى فلان بمنزلة بيع مستقل جرى بين المشترى وبين فلان ... رجل باع عبد غيره بغير إذن المولى بعرض بعينه أو بشيء بعينه سوى الدراهم والدنانير ، ثم أجاز المولى بيعه ، جاز بيعه ، والمشترَى بالعبد يكون للمشترى وعليه قيمة العبد لمولاه ، لأن شراء ذلك الشيء لايتوقف فكان مشترياً لنفسه ، قاضياً ثمنه بالعبد بإذن المولى ، فيكون المشترَى بالعبد له ، (الفتاوى الخانية على هامش الفتاوى الهندية ٢ ص ١٧٣ ص ١٧٤ — انظر أيضا البحر الرائق ٦ ص ١٤٩) . وفى خصوص هذه المسألة الأخيرة جاء فى فتح القدير : « هذا الذى ذكرناه إذا كان الثمن دينا . فإن كان عينا ، بأن باع الفضولى ملك غيره بعرض معين بيع مقايضة ، اشترط قيام الأربعة المذكورة وخامس وهو ذلك الثمن العرض. واذا أجاز مالك المبيع والثمن عرض ، فالفضولى يكون مالكا للعرض . والذى تفيده الأجازة أنه أجاز للفضولى أن ينقد ثمن ما اشتراه من ذلك العرض من ماله ، كأنه قال اشتر هذا العرض لنفسك وانقد ثمنه من مالى قرضا عليك . فإن كان مثليا فعليه مثله ، وان كان قيميا كثوب أو جارية فقيمته . فيصير مستقرضا للجارية او الثوب ، والقرض وان لم يجز فى القيميات لكن ذلك إذا كان قصداً ، وهنا إنما يثبت ضمنا مقتضى لصحة الشراء ، فيراعى فيه شرائط صحة المقتضى وهو الشراء لاغير ، كالكفيل بالمسلم فيه إذا أداه من مال نفسه يصير مقرضاً حتى يرجع بقيمته ان كان ثوبا ، لأن الثوب مثلى فى باب السلم فكذا فيما جعل تبعاله. فكذا هذا، اذ لاصحة لشراء العبد الا بقرض الجارية، والشراء مشروع، فما ضمنه يكون مشروعا (فتح القدير ٥ ص ٣١٢ — وأنظر البحر الرائق ٦ ص ١٤٨ : ويسمى الإجازة إجازة نقد لا إجازة عقد) .

أما فى المذهب المالكى ، فشراء الفضولى كبيعه موقوف دائما ، أضيف العقد إلى الغائب أو أضيف إلى الفضولى . جاء فى الحطاب : « لم يذكر المصنف حكم شراء الفضولى ، وحكمه كبيعه . قال فى المتيطية من باع سلعة لغيره بغير إذنه ، فإن البيع ينعقد ، ولا يكون للمبتاع أن ينحل عنه إذا أجاز

ذلك ربها . وكذلك إذا اشترى له سلعة بغير إذنه ، فلا يكون للمبتاع حل الصفقة إذا أخذها المبتاع له لنفسه انتهى . فإن لم يجز الشراء ، لزمت السلعة المشترى الفضولى ، ولا رجوع لرب المال على البائع بما دفعه له المشترى ، إلا أن يكون المشترى أشهد عند الشراء أنه إنما اشترى لفلان بماله وأن البائع يعلم ذلك أو صدق المشترى فيه أو تقوم بينة أن الشيء الذى اشترى به ملك المشترى له . فإن أخذ المشترى له ماله ولم يجز الشراء ، انتقض البيع فيما إذا صدق البائع ، ولم ينتقض فى قيام البينة أن المال له بل يرجع على المشترى بمثل الثمن ويلزمه البيع، هذا قول ابن القاسم وأصبغ » (الحطاب ٤ ص ٢٧٢ انظر أيضا حاشية العدوى على الخرشى ٥ ص ١٨) .

اجازة تصرف الفضولى — شروط صحتها :

الإجازة تصدر من المالك ، ويجب لصحتها أن تتوافر الشروط الآتية :

(١) قيام الأطراف الثلاثة وقت صدور الإجازة . البائع والمشترى والمالك . فلو مات أحدهم قبل صدور الإجازة من المالك ، لم تصح الأجازة ، ولا تقوم الورثة مقام من مات . جاء فى فتح القدير : « ولو هلك المالك ، لاينفذ بإجازة الوارث ... وهو بخلاف القسمة عند أبى حنيفة وأبى يوسف ، فإن القسمة الموقوفة على إجازة الغائب الكبير جازت بإجازة ورثته بعد موته استحسانا ، لأنه لا فائدة فى نقض القسمة ثم الإعادة . وقول محمد القسمة مبادلة كالبيع ، فلا تجوز بإجازة ورثته ، هو القياس ، والإستحسان مقدم » (فتح القدير ٥ ص ٣١٢ — ص ٣١٣) .

(٢) قيام المبيع ، وكذلك الثمن لوكان عينا . فلو هلك قبل إجازة المالك ، لم تصح الإجازة . فإن كان قد هلك فى يد المالك ، هلك عليه . وإن هلك بعد التسليم الى المشترى، فالمالك بالخيار إن شاء ضمن الفضولى وان شاء ضمن المشترى على التفصيل الذى قدمناه .

(٣) أن يكون للتصرف مجيز وقت صدوره . ذلك أن التصرف اذا لم يكن له مجيز وقت صدوره ، لم تتصور إجازته فوراً عقب صدوره ، وإجازته فى

المستقبل قد تحدث وقد لا تحدث ، فإن حدثت كان الانعقاد مفيداً وإن لم تحدث لم يكن مفيداً ، فلا ينعقد التصرف مع الشك فى حصول الفائدة أخذاً بقاعدة أن مالم يكن ثابتا بيقين لا يثبت مع الشك ، فإذا لم ينعقد التصرف لاتلحقه الإجازه لأن الإجازة للمنعقد . أما إذا كان للتصرف مجيز وقت صدوره ، أمكن تصور الأجازة فى الحال عقب صدوره ، فكان الانعقاد مفيداً فينعقد ،فتلحقه الأجازة . ونرى من ذلك أنه يشترط لصحته الإجازة قيام كل عناصر التصرف — العاقدين والمحل والمجيز — وقت صدور الأجازة ووقت صدور التصرف . أما أنها تكون قائمة وقت صدور الإجازة ، فلأن « الإجازة لها حكم الإنشاء من وجه ، ولا يتحقق الإنشاء بدون العاقدين والمعقود عليه ،لذلك كان قيامها شرطا للحوق الإجازة»(البدائع ٥ ص١٥١). وأما أنها تكون قائمة وقت صدور التصرف ، فيبدو أن السبب فى ذلك يرجع الى فكرة استناد الإجازة إلى وقت صدور التصرف، فمادام العقد إذا أجيز ينفذ من وقت صدوره وجب أن تكون عناصر النفاذ قائمة فى هذا الوقت .

فإذا وهب الفضولى مال البالغ أو تصدق به أو أعتق عبده ،انعقد التصرف موقوفا على الإجازة ، لأن البالغ يملك هذه التصرفات بنفسه فكان لها مجيز وقت صدورها ، فتتوقف على إجازة المالك . أما إذا كان المالك صبيا أو محجوراً ليس من أهل هذه التصرفات ،لم يكن للتصرف مجيز وقت صدوره ، فلا ينعقد ، ومن ثم لاتلحقه الإجازة .

كيف تكون الاجازة :

والإجازة تكون بالقول أو بالفعل.وأى لفظ يدل على الإجازة يكفى. فإذا قال المالك أجزت البيع أو رضيت به او قبلته أوأى لفظ فى هذا المعنى، كان هذا إجازة (الفتاوى الخانية ٢ ص ١٧٤ — جامع الفصولين ١ ص ٣١٥ — ص ٣١٦) . والإجازة بالفعل قد تكون صريحة أو ضمنية. فتسليم المالك المبيع للمشترى أو أخذه الثمن منه إجازة صريحة بالفعل : وهبة

المالك الثمن للمشترى أو التصدق به عليه إجازة بالفعل ضمنية . وسكوت المالك بعد علمه بتصرف الفضولى لايكون إجازة. ولو قال المالك لا أجيز، يكون ردا للبيع فيسقط،ولا تلحقه الإجازة بعد ذلك (البحر ٦ ص ١٤٨ — الفتاوى الخانية ٢ ص ١٧٦ — ابن عابدين ٤ ص ٢١٨) .

تحقيق الاجازة وتخلفها :

فإن وجدت الإجازة مستجمعة لشرائطها على النحو الذى أسلفناه ، نفذ البيع،وصار الفضولى بمنزلة الوكيل،اذ الإجازة اللاحقة بمنزلة الوكالة السابقة(١) ولما كان الفضولى يصير كالوكيل ، فإن حقوق العقد ترجع اليه كما ترجع إلى الوكيل ،أما حكم العقد فينصرف إلى المالك. وينفذ البيع بالأجازة مستندا إلى وقت صدوره لا إلى وقت صدورها ، أى أن للإجازة أثرا رجعيا وإن كانت إنشاء من وجه كما قدمنا . جاء فى البحر : « والأصل فى تصرف الفضولى أن كل تصرف جعل شرعا سبباً لحكم إذا وجد من غير ولاية شرعية لم يستعقب حكمه ويتوقف : إن كان مما يصح تعليقه جعل معلقا ، والا احتجنا أن نجعله سبباً للحال متأخرا حكمه إن أمكن. فالبيع ليس مما يتعلق ، فيجعل سبباً للحال. فإذا زال المانع من ثبوت حكم الإجازة ، ظهر أثره من وقت وجوده ، ولذا

(١) ولو تعدد تصرف الفضولى ، كأمة باعها فضولى من رجل وزوجها منه آخر ، فأجيزا معا ، يثبت الاقوى ، فتصير مملوكة لا زوجة . ولو زوجاها كل من رجل فأجيزا ، بطلا . ولو باعها كل من رجل فأجيزا ، تتنصف بينهما ، ويخير كل منهما بين أخذ النصف أو الترك . ولو باعه فضولى وأجره آخر أو رهنه او زوجه ، فأجيزا معا ، يثبت الاقوى ، فيجوز البيع ويبطل غيره لان البيع أقوى . وكذا تثبت الهبة اذا وهبه فضولى وأجره آخر . وكل من العتق والكتابة والتدبير أحق من غيرها ،لانها لازمة بخلاف غيرها . والاجازة اقوى من الرهن لافادتها ملك المنفعة ، بخلاف الرهن . والبيع أقوى من الهبة لان الهبة تبطل بالشيوع . ولوتبايع غاصبا عرض لرجل واحد ، فأجاز المالك لم يجز ، لان فائدة البيع ثبوت الملك والرقبة فى التصرف ، وهما حاصلان للمالك فى البدلين بدون هذا العقد فلم ينعقد ، فلم تلحقه اجازة . ولو غصبا من رجلين وتبايعا ، واجاز المالك ، جاز . ولو غصبا النقدين من واحد ، وعقدا الصرف وتقابضا ، ثم أجاز ، جاز لان النقود لاتتعين فى المعاوضات ، وعلى كل واحد من الغاصبين مثل ماغصب « البحر الرائق ٦ ص ١٥٠ » .

ملك الزوائد » (البحر ٦ ص ١٥٢) . ولذلك كان كل مايحدث فى المبيع من كسب أو ولد او عقر قبل الإجازة ، فهو للمشترى . وينتقل ملك المبيع إلى المشترى من وقت البيع الصادر من الفضولى، لامن وقت الإجازة الصادرة من المالك . ويكون الثمن للمالك إن كان قائما ، لأنه بدل ملكه . وإن هلك فى يد الفضولى يهلك أمانة ، كما إذا كان الفضولى وكيلا فى الابتداء وهلك الثمن فى يده .

أما إذا رد المالك البيع وأعلن عدم إجازته له ، فقد قدمنا أن البيع يسقط ولا يستطيع المالك إجازته بعد رده ، وفى هذه الحالة إذا كان المبيع قد سلم إلى المشترى وهلك ، وجب أن يرد قيمته إلى المالك لأن يده يد ضمان كما قدمنا . وإذا كان المشترى قد سلم الثمن إلى الفضولى وهلك فى يده ، هلك أمانة ولا يرجع المشترى عليه بشىء ، على تفصيل جاء فى البحر على الوجه الآتى : « ولو لم يجز المالك وهلك الثمن فى يد الفضولى ، اختلف المشايخ فى رجوع المشترى عليه بمثله ، والأصح أن المشترى إن علم أنه فضولى وقت الأداء لا رجوع له ، وإلا رجع عليه ، كذا فى القنية . وصرح الشارح بأنه أمانة فى يده فلا ضمان عليه إذا هلك ، سواء هلك قبل الإجازة أو بعدها » (البحر ٦ ص ١٤٧ — ١٤٨) .

وإذا سكت المالك لايجيز البيع ولا يرده ، فليس هناك وقت معين إذا انقضى يعتبر المالك بانقضائه مجيزا أو غير مجيز ، فيبقى البيع موقوفا حتى يجيزه المالك أو يرده . وفى مذهب مالك إذا باع الفضولى بحضره المالك ، وسكت هذا ، اعتبر سكوته إجازة . وإن باع بغير حضرته ، وبلغه ، فسكت عاما من وقت علمه ، اعتبر سكوته إجازة . وفى هذا المذهب أيضا يطالب المالك المجيز الفضولى بالثمن ما لم يمض عام ، فإن مضى وهو ساكت سقط حقه هذا إن بيع بحضرته ، وإن بيع بغير حضرته ما لم تمض مدة الحيازة عشرة أعوام (الدسوقى ٣ ص ١٢ — الصاوى ٢ ص ٧ — الحطاب ٤ ص ٢٦٩ — ص ٢٧٢ — الخرشى ٥ ص ١٧ — ١٨ — البهجة فى شرح التحفة ٢ ص ٦٨ — ٧٥) .

§ ٢ — بيع المرهون والمستأجر وتصرف المريض مرض الموت

بيع المرهون :

المرهون تعلق به حق المرتهن ، فبيعه ينعقد صحيحا موقوفا على إجازة المرتهن . فإذا أجاز ، نفذ البيع فى حق الجميع : البائع والمشترى والمرتهن ، وإذا لم يجز ، فرأى يذهب إلى أن البيع يسقط حتى لو افتك الراهن الرهن ، والرأى الأصح هو أن البيع لا يتوقف إلا فى حق المرتهن فإذا افتك الرهن نفذ البيع فى حق البائع والمشترى (المبسوط ١٣ ص ١١) .

وليس للراهن فسخ البيع الذى صدر منه للمشترى . أما المشترى فله خيار الفسخ إن لم يعلم بالرهن عند أبى يوسف ، وعند أبى حنيفة ومحمد له خيار الفسخ وإن علم بالرهن ، وهذا هو الصحيح وعليه الفتوى . فيكون تأويل هذا الرأى الأخير أن المشترى ، وقد علم بالرهن . اشترى على أن يفتك البائع العين المرهونة من مرتهنها ويسلمها إليه ، فإذا لم يفعل فسخ المشترى البيع .

وإذا باع الراهن العين المرهونة للمرتهن نفسه ، نفذ البيع بداهة فى حق الراهن والمرتهن دون حاجة إلى إجازة .

انظر فى بيع المرهون : الفتاوى الهندية ٣ ص ١١٠ — ١١١ — الحطاب ٤ ص ٤٦٩ — الخرشى ٥ ص ١٧ — الدسوقى ٣ ص ١١ — ١٢ — المهذب ١ ص ٣١٢ — المغنى ٤ ص ٣٦٣ — المرداوى ٤ ص ١٥٦ — ١٥٨

بيع المستأجر :

المستأجر متعلق به حق المستأجر ، كالمرهون تعلق به حق المرتهن . فبيع المستأجر كبيع المرهون ينعقد صحيحا موقوفا على إجازة المستأجر . فإذا أجاز المستأجر البيع ، نفذ فى حق الجميع ، وانفسخت الإجارة ، ووجب على المستأجر تسليم العين للمشترى . ولكن له حق حبسها حتى يسترد ما عجله من

الأجرة . واذا لم يجز المستأجر البيع ، فالبيع لايتوقف الا فى حقه ، فإذا انقضت الأجارة نفذ البيع ، ووجب تسليم العين الى المشترى .

وليس للمؤجر فسخ البيع الذى صدر منه للمشترى . أما المشترى فله خيار الفسخ ان لم يعلم بالإجارة عند أبى يوسف ، وعند أبى حنيفة ومحمد له خيار الفسخ وان علم بالأجارة،وذلك على النحو الذى قدمناه فى بيع المرهون.

واذا باع المؤجر العين للمستأجر نفسه ، نفذ البيع فى حقهما دون حاجة الى اجازة ، كما فى بيع المرهون .

ونرى من ذلك أن جملة الأحكام التى قررناها فى بيع المرهون تسرى هنا أيضا فى بيع المستأجر،والفروق بين البيعين محل خلاف . جاء فى ابن عابدين : « ووقف بيع المرهون والمستأجر الخ،أى فإن أجازه المرتهن والمستأجر نفذ. وهل يملكان الفسخ ؟ قيل لا وهو الصحيح . وقيل يملكه المرتهن دون المستأجر لأن حقه فى المنفعة، ولذا لو هلكت العين لايسقط دينه وفى الرهن يسقط . . وجزم فى الخانية بالثانى . ولكن فى حاشية الفصولين للرملى عن الزيلعى لا يملك المرتهن الفسخ فى أصح الروايتين» (ابن عابدين ٤ ص ٢١٣). وجاء فى البحر : « وفرق بينهما الكرايسى ، فجعل للمرتهن الأجازة والفسخ دون المستأجر فلا يملكه ، فارقا بأن المستأجر حقه فى المنفعه ولذا لو هلكت العين لايسقط دينه ، وفى الرهن يسقط وهو استيفاء حكمى . وتفرع على الفرق ما لو تعدد بيع المؤجر ، فأجاز المستأجر (البيع) الثانى ، نفذ الأول ، ولو تعدد بيع الرهن ، فأجاز المرتهن (البيع) الثانى ، نفذ لا الأول » (البحر ص ١٤٩ — ص ١٥٠) . ذلك أننا لو قلنا بالفرق بين المرهون والمستأجر ، وباع المؤجر العين مرتين ، فإجازة المستأجر للبيع الثانى ليست الا نزولا عن حقه فى المنفعة ، فخلصت العين من الحق الذى تعلق بها ، وسلمت تصرفات البائع فيها ، فنفذ البيع الأول لأنه مقدم على البيع الثانى. ولو باع الراهن العين مرتين ، فإجازة المرتهن للبيع الثانى نزول عن حقه

فى العين ذاتها لا فى المنفعة الى المشترى الثانى، فتخلص العين لهذا المشترى، وينفذ البيع الصادر اليه دون البيع الصادر الى الأول. أنظر أيضا فى بيع المستأجر : الفتاوى الخانية ٢ ص ١٧٧ — الفتاوى الهندية ٣ ص ١١٠.

بيع المريض مرض الموت :

بيع المريض مرض الموت حكمه عند المحاباة حكم الوصية، لا ينفذ فى المقدار المحابى به الا فى ثلث التركة ولغير الوارث. أما إذا صدر للبيع لوارث مهما كانت قيمة المقدار المحابى به، أو صدر لغير وارث وزادت قيمة المقدار المحابى به على ثلث التركة، فالبيع للوارث، وكذلك البيع لغير الوارث فيما زاد على الثلث، ينعقد صحيحا موقوفا على إجازة الورثة. فإن أجازوه نفذ فى حق الجميع، والا بطل البيع للوارث، وبطل فيما زاد على الثلث لغير الوارث.

والأصل فى ذلك أن التركة يتعلق بها حق الورثة، لا من موت المورث فحسب، بل أيضا من بدء مرضه الأخير وهو مرض الموت. ذلك أن المورث إذا تصرف فى مرض موته، فهو إنما يوصى، ويكون لتصرفه حكم الوصية. فتكون تصرفات المريض مرض الموت موقوفة على إجازة الورثة الذين تعلق حقهم بالتركة، كما توقف بيع المرهون على اجازة المرتهن، وبيع المستأجر على إجازة المستأجر.

والورثة يتعلق حقهم بثلثى التركة اذا كان التصرف لغير وارث، ويتعلق بكل التركة اذا كان التصرف لوارث، وفى مصر سوى قانون الوصية بين الوارث وغير الوارث، فلا يتعلق حق الورثة فى الحالتين إلا بثلثى التركة، ومن ثم جاز التصرف فيما لا يزيد على ثلث التركة للوارث ولو بغير اجازة سائر الورثة.

المبحث الرابع

حكم العقد النافذ غير اللازم

متى يكون العقد نافذاً غير لازم — الخيارات الاربعة :

قدمنا أن العقد يكون نافذا غير لازم إذا كان بطبيعته لايلزم أحد العاقدين أو كليهما ، أو كان فى العقد خيار لأحد العاقدين أو لكليهما يبيح فسخ العقد .

والعقد لايلزم بطبيعته أيا من العاقدين فى الوكالة والشركة والهبة والوديعة والعارية . وقد يلزم العقد أحد العاقدين دون أن يلزم الآخر ، ففى الرهن لايلزم العقد المرتهن ، وفى الكفالة لايلزم العقد الدائن . وليس للرجوع فى حالة عدم لزوم العقد لأحد العاقدين دون الآخر أثر رجعى ، فإذا رجع العاقد الذي لايلزمه العقد انفسخ العقد من وقت رجوعه ، وبقيت آثار العقد الى وقت الرجوع قائمة .

وقد يكون فى العقد خيار يجعله غير لازم . والخيارات كثيرة متنوعة . درسنا منها خيار الغلط وخيار الوصف وخيار التدليس وخيار الغبن ، فلا نعود اليها . أما خيار المجلس وخيار القبول فهذان لايتعلقان بلزوم العقد بل بانعقاده ، وقد سبق بحثهما .

بقيت خيارات أربعة معروفة اذا لحق أحدها العقد جعله غير لازم ، وهى خيار الشرط وخيار التعيين وخيار الرؤية وخيار العيب ، وهى التى نتولى بحثها هنا فى إيجاز [1] .

---

(١) ونلاحظ باديء ذى بدء ان كلا من خيارالشرط وخيار التعيين بمثابة شرط واقف ، فيكون العقد لازما من جهة وموقوفا من جهة أخرى . اما خيار الرؤية وخيار العيب فهمابمثابة شرط فاسخ ، فيكون العقد

=

المطلب الأول

خيـــار الشرط

قيام الخيار وأحكامه :

نعرض لقيام خيار الشرط ، ثم للأحكام التى تترتب على قيامه .

ماهو خيار الشرط :

خيار الشرط خيار يشترطه أحد العاقدين أو كلاهما ، بموجبه يكون لمن له الخيار الحق فى نقض العقد فى خلال مدة معينة ، فإن لم ينقضه نفذ . فالعقد الذى فيه خيار الشرط يكون اذن غير لازم من جانب من له الخيار ، اذ يجوز له الرجوع فيه كما قدمنا ، وقد جاء خيار الشرط على خلاف القياس ، إذ القياس أن المعارضات لاتحتمل التعليق على الشرط ، وخيار الشرط من شأنه أن يعلق العقد . ولكنه شرع بحديث للنبى عليه الصلاة والسلام ، ولحاجة التعامل اليه ، فقد يحتاج ، فى البيع مثلا ، المشترى أو البائع أو كلاهما الى التأمل والتروى — ومن أجل ذلك يسمى فى الفقه المالكى بخيار التروى — وقد يحتاج المشترى الى تجربة المبيع قبل إمضاء البيع .

جاء فى المبسوط للسرخسى : « بلغنا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه جعل رجلا من الأنصار بالخيار فى كل مبيع يشتريه ثلاثة أيام ، واسم هذا الرجل حبان بن منقذ وأبوه منقذ بن عمرو . . . وقد كان يغبن فى البياعات

= لازما من جهة وغير لازم من جهةاخرى. فخيار الشرط وخيار التعيين ، فى حقيقة الاثر الذى يترتب عليهما ، يتصلان بوقف العقد لابعدم لزومه كما سنرى . وعند الشافعى خيارالشرط فاسخ كخيار العيب (أنظر فى خيار الشرط وهــل هو واقف او فاسخ الشرح الكبير على متن المقنع ، ٤ ص ٧٠ — ص ٧١ وسنورد ماجاء فى هذاالمرجع فيما يلى) .

لمأمومة أصابت رأسه ، فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم : اذا بايعت فقل لا خلابة ، ولى الخيار ثلاثة أيام . وكان ألثغ باللام ، فكان يقول لا خرابة . فى الحديث دليل جواز البيع مع شرط الخيار. والقياس يأبى ذلك لأن شرط الخيار يعلق العقد ، وعقود المعاوضات لا تحتمل التعليق ، ويبقى مقتضى العقد وهو اللزوم وموجبه وهو الملك . ولكنا نقول تركنا هذا القياس للحديث ، ولحاجة الناس الى ذلك . فالبيع عقد معاينه ، والمقصود به الاسترباح ، ولا يمكنه تحصيل ذلك إلا أن يرى النظر فيه ويريه بعض أصدقائه ، فيحتاج لأجل ذلك إلى شرط الخيار . فإذا كان يجوز بعض العقود لحاجة الناس كالإجارة ونحوها ، فشرط الخيار فى العقد أولى . ثم أصل العقد لايتعلق بالشرط ، لأن الخيار صفة فى العقد ، يقال بيع بات وبيع بخيار ، وبالصفة لايتعلق أصل الموصوف ، وإنما يدخل الخيار فى الحكم فيجعله فى معنى المعلق بالشرط ، لأن بالشرط لايخلو السبب عن الحكم الا أن يتصل الحكم به ، فقد يجوز أن يتأخر الحكم عنه لمؤخر كما يتأخر وجوب تسليم الثمن بشرط الأجل » (المبسوط ١٣ ص ٤٠ — ٤١) .

وجاء فى فتح القدير : « الموانع خمسة أقسام : مانع يمنع انعقاد العلة ، حرية المبيع فلا ينعقد البيع فى الحر ، لأنها لاتنعقد الا فى محلها ومحل البيع المال والحر ليس بمال ، فلا وجود للبيع أصلا فيه ، كانقطاع الوتر يمنع أصل الرمى بعد القصد إليه . ومانع يمنع تمام العلة ، وهو البيع المضاف الى مال الغير ، كإصابة السهم بعد الرمى حائطا فرده عن سننه . ومانع يمنع ابتداء الحكم بعد انعقاد العلة ، وهو خيار الشرط ، يمنع ثبوت حكمه وهو خروج المبيع عن ملكه ، على مثال استتار المرمى اليه بترسى يمنع من اصابة الغرض منه . ومانع يمنع تمام الحكم بعد ثبوته ، كخيار الرؤية للمشترى . ومانع يمنع لزومه كخيار العيب . وإضافة الخيار إلى الشرط على حقيقة الإضافة ، وهى إضافة الخيار إلى سببه إذ سببه الشرط . وحين وردت شرعيته ، جعلناه داخلا فى الحكم مانعاً من ثبوته ، تقليلا لعمله بقدر الإمكان . وذلك لأن عمله

إثبات الخطر فى ثبوت الملك ، وبذلك يشبه القمار ، فقلنا شبهه . ولقائل أن يقول القمار ماحرم لمعنى الخطر بل باعتبار تعليق الملك بما لم يضعه الشارع سببا للملك ، فإن الشارع لم يضع ظهور العدد الفلانى فى ورقة مثلا سببا للملك ، والخطر طرد فى ذلك لا أثر له . نعم يتجه أن يقال اعتبرناه فى الحكم تقليلا بخلاف الأصل ، وأما كونه فيه غرر وقد نهى عن بيع الغرر فذلك الغرر فى المبيع وهذا فى أن الملك يثبت أولا » (فتح القدير ٥ ص ١١٠) .

وقال ابن رشد : « أما جواز الخيار فعليه الجمهور ، إلا الثورى وابن أبى شبرمة وطائفة من أهل الظاهر . وعمدة الجمهور حديث حبان بن منقذ وفيه ولك الخيار ثلاثا ، وما روى فى حديث ابن عمر البيعان بالخيار ما لم يفترقا إلا بيع الخيار . وعمدة من منعه أنه غرر ، وأن الأصل هو اللزوم فى البيع إلا أن يقوم دليل على جواز البيع على الخيار من كتاب الله أو سنة ثابتة أو إجماع . قالوا وحديث حبان إما أنه ليس بصحيح ، وإما أنه خاص لما شكا إليه صلى الله عليه وسلم أنه يخدع فى البيوع ، قالوا وأما حديث ابن عمر وقوله فيه إلا بيع الخيار ، فقد فسر المعنى المراد بهذا اللفظ ، وهو ما ورد فيه من لفظ آخر ، وهو أن يقول أحدهما لصاحبه اختر » (بداية المجتهد طبعة أولى ٢ ص ١٧٢) .

مصدر خيار الشرط :

وخيار الشرط خيار يشترط فى العقد ذاته ، أو فى اتفاق لاحق للعقد . فلو قال أحد المتبايعين بعد البيع ولو بأيام جعلتك بالخيار ثلاثه أيام ، صح بالاجماع (فتح القدير ٥ ص ١١١) .

ويرد خيار الشرط فيما يحتمل الفسخ من العقود اللازمة ، كالبيع والإجارة قبل بدء مدتها والصلح . ولا يجوز وروده فى النكاح والطلاق والصرف والسلم والإقرار والهبة والوصية . وقد جاء فى المادة ٣٣٠ من مرشد الحيران :

« خيار الشرط يصح فيما يحتمل الفسخ من العقود اللازمة ، كالبيع والأجارة والمساقاة والمزارعة وقسمة القيميات المتحدة والمختلفة جنسا والصلح عن مال والرهن والكفالة والحوالة والإبراء والوقف والإقالة والخلع وفى ترك الشفعة بعد الطلبين الأولين . » وجاء فى المادة ٣٣١ : « خيار الشرط لا يصح فى النكاح والطلاق والصرف والسلم والإقرار والوكالة والهبة والوصية » . ويظهر أن عدم صحة خيار الشرط فى النكاح والطلاق أن هذين تصرفان لا يحتملان الفسخ فلا يحتملان التعليق على شرط ، وفى الصرف والسلم أنهما لا يتمان إلا بالقبض فيلزمان به ولا يحتملان الفسخ بعد ذلك ، وفى الإقرار أن طبيعته لا تحتمل التعليق ، وفى الوكالة والهبة والوصية أنها تصرفات غير لازمة من الأصل فلا حاجة فيها لخيار الشرط .

لمن يكون الخيار :

ويجب تعيين من له خيار الشرط . وقد يكون هو المشترى ، أو البائع ، أو كلاهما . وقد يجعل خيار الشرط للمبيع نفسه إذا كان آدميا رقيقاً .

ويصح أن يكون خيار الشرط لأجنبي ، ويعتبر وكيلا عن العاقد إذا رأى هذا العاقد أن الأجنبي خبير هو فى حاجة إلى خبرته لإتمام الصفقة ، ويكون الخيار ثابتا للعاقد وللأجنبي معا . وقد جاء فى المادة ٣٣٢ من مرشد الحيران : « يصح أن يجعل خيار الشرط لكل من العاقدين ، أو لأحدهما دون الآخر ، أو لأجنبي . وجاء فى الهداية (فتح القدير ٥ ص ١٢٦ — ص ١٢٨) « ومن اشترى شيئاً وشرط الخيار لغيره ، فأيهما أجاز جاز الخيار ، وأيهما نقض انتقض . وأصل هذا أن اشتراط الخيار لغيره جائز استحسانا ، وفى القياس لا يجوز وهو قول زفر لأن الخيار من مواجب العقد وأحكامه فلا يجوز اشتراطه لغيره كاشتراط الثمن على غير المشترى . ولنا أن الخيار لغير العاقد لا يثبت إلا بطريق النيابة عن العاقد فيقدر له الخيار اقتضاء ثم يجعل هو نائبا عنه تصحيحا لتصرفه . وعند ذلك يكون لكل منهما الخيار ، فأيهما أجاز

جاز ، وأيهما نقض انتقض . ولو أجاز أحدهما وفسخ الآخر ، يعتبر السابق لوجوده فى زمان لا يزاحمه فيه غيره . ولو خرج الكلامان منهمامعا ، يعتبر تصرف العاقدفى رواية ، وتصرف الفاسخ فى أخرى . وجه الأول أن تصرف العاقد أقوى ، لأن النائب يستفيد الولايه منه . وجه الثانى أن الفسخ أقوى ، لأن المجاز يلحقه الفسخ والمفسوخ لا تلحقه الإجازة ».

وقد يجعل البائع لنفسه خيار النقد ، فيشترط أنه إن لم ينقد الثمن فى خلال مدة معينة هى المدة الجائزه للخيار فلا بيع . والخيار على هذا الوجه ليس موضوعا للتروى ، ولكن لفسخ البيع عند عدم دفع الثمن فى مدة معينة . ولكن قد يقبض البائع الثمن ومع ذلك يشترط أن له الخيار ، فإذا اختار فسخ البيع رد الثمن ، والخيار على هذا الوجه هو خيار شرط للتروى (فتح القديره ص ١١٤).

مدة الخيار :

تفاوتت المذاهب فى تعيين الحد الأقصى لمدة الخيار :

فعند أبى يوسف ومحمد وأحمد بن حنبل يجوز الاتفاق على أية مدة ولو طالت .

وعند مالك تتقدر مدة الخيار بتقدر الحاجة نظراً لتفاوت المبيعات ، فنى اختيار الثوب يكنى اليوم واليومان ، وفى الجارية يكنى الأسبوع ، وفى اختيار الدار قد تصل مدة الخيار إلى الشهر ونحوه .

وعند أبى حنيفة وزفر والشافعى لا يجوز أن تزيد مدة الخيار على ثلاثة أيام فى جميع الأحوال .

ويقول ابن رشد فى هذا المعنى : وأما مدة الخيار عند الذين قالوا بجوازه فرأى مالك أن ذلك ليس له قدر محدود فى نفسه ، وأنه إنما يتقدر بتقدر الحاجة إلى اختلاف المبيعات ، وذلك بتفاوت المبيعات ، فقال مثل اليوم واليومين فى اختيار الثوب ، والجمعة والخمسة أيام فى اختيار الجارية . والشهر

ونحوه فى اختيار الدار . وبالجملة فلا يجوز عنده الأجل الطويل الذى فيه فضل عن اختيار المبيع . وقال الشافعى وأبو حنيفة أصل الخيار ثلاثة أيام لا يجوز أكثر من ذلك . وقال أحمد وأبو يوسف ومحمد بن الحسن يجوز الخيار لأى مدة اشترطت ، وبه قال داود » (بداية المجتهد طبعة أولى ٢ ص ١٧٢) .

فإذا لم تحدد مدة أصلا ، أو شرط الخيار أبدا ، أو متى شاء ، أو إلى مدة مجهولة كقدوم زيد أو نزول المطر أو مشاورة إنسان ، فعند مالك يصح العقد ويحدد القاضى المدة المألوفة فى العادة لاختيار مثل المبيع . وعند أبى يوسف ومحمد والشافعى وأحمد يفسد العقد . وعند أبى حنيفة إذا استعمل الخيار فى الثلاثة الأيام صح العقد ، وإن انقضت الثلاثة الأيام دون استعمال حق الخيار فسد العقد .

§ ٢ — حكم خيار الشرط

مرحلتان :

يمر العقد المقترن بخيار الشرط بمرحلتين : أولا — أثناء مدة الخيار وقبل استعماله . ثانيا — بعد انقضاء مدة الخيار أو بعد إستعماله .

أولا — أثناء مده الخيار وقبل استعماله :

ملكية المبيع :

ولمعرفة ما إذا كان البيع المقترن بخيار الشرط ينقل ملكية المبيع الى المشترى اولا ينقلها يجب التميز بين ما اذا كان الخيار للمشترى، أو كان للبائع أو كان لهما معا .

فإذا كان الخيار للمشترى ، انتقلت ملكية البيع اليه لأن البيع لازم للبائع ، وعند أبى حنيفة يخرج المبيع من ملك البائع ولكن لا يدخل ملك

المشترى . أما الثمن فلا يخرج من ملك المشترى ، بل يبقى دينا موقوفا ، لأن البيع غير لازم للمشترى .

وإذا كان الخيار للبائع ، بقى المبيع على ملكه ، لأن البيع غير لازم له . وخرج الثمن من ملك المشترى إلى ملك البائع ، لأن المبيع لازم للمشترى ، وعند أبى حنيفة يخرج الثمن من ملك المشترى ولكن لا يدخل فى ملك البائع.

وإذا كان الخيار للاثنين معا ، بقى المبيع على ملك البائع لأن البيع غير لازم له ، وكذلك بقى الثمن على ملك المشترى لأن البيع غير لازم له أيضا . فملكية كل من المبيع والثمن تكون فى هذه الحالة موقوفة .

ويخلص مما قدمناه أمران : (١) أن خيار الشرط شرط واقف لا شرط فاسخ ، على حين أن كلا من خيار الرؤية وخيار العيب شرط فاسخ لا شرط واقف . وكون خيار الشرط واقفا فيه خلاف : فعند أبى حنيفة ومالك وفى قول لأحمد وللشافعى هو المشهور الملك لا ينتقل حتى ينقضى الخيار فالشرط واقف . وفى قول آخر لأحمد وهو ظاهر المذهب وقول آخر للشافعى الملك ينتقل ثم يعود إذا اختار صاحب الخيار الفسخ ، فالشرط فاسخ (أنظر الشرح الكبير على المقنع وسنورد ما جاء فيه فيما يلى) . فإذا سايرنا الرأى الغالب وقلنا بأن الشرط شرط واقف لا فاسخ ، اتصل خيار الشرط بالعقد الموقوف (فى أحد البدلين أو فى كليهما) لا بالعقد غير اللازم ، والعقد فى خيار الشرط موقوف على إجازة العاقد نفسه لا على إجازة أجنبى . ونظيره إجازة الصبى المميز للعقد عند بلوغه سن الرشد . (٢) لا يوجد ارتباط بين البدلين حتى أن أحد البدلين — المبيع أو الثمن — يدخل فى ملك العاقد الآخر ولا يخرج من ملكه البدل المقابل . وهذا ما دعى أبا حنيفة إلى القول بأن البدل لا يدخل فى ملك العاقد الآخر ، حتى لا يجتمع البدلان عند عاقد واحد . ولكنه يقول فى الوقت ذاته بأن البدل يخرج من ملك صاحبه . فكيف يخرج من ملك صاحبه ولا يدخل فى ملك العاقد الآخر ! وأين يكون ! .

من التصرف فى المبيع :

إذا كان الخيار للمشترى، فقد قدمنا أن المبيع دخل فى ملكه، فيملك التصرف فيه بالبيع والاجارة وغير ذلك من التصرفات . وإذا تصرف فيه ، كان هذا إمضاء ضمنيا للبيع المقترن بخيار الشرط . ولا يملك البائع التصرف فى المبيع فقد خرج من ملكه .

وإذا كان الخيار للبائع ، أو كان لكل من البائع والمشترى، فقد رأينا أن المبيع يبقى على ملك البائع ، فيملك التصرف فيه، أما المشترى فلا يملك ذلك . وإذا تصرف البائع فى المبيع ، كان تصرفه فسخا ضمنيا للبيع المقترن بخيار الشرط .

ضمان المبيع

إذا هلك المبيع فى يد البائع قبل القبض ، بطل البيع فى جميع الأحوال ، وكان الهلاك على البائع . وعليه أن يرد الثمن إلى المشترى إذا كان قد قبضه.

أما إذا هلك المبيع فى يد المشترى بعد قبضه له ، اعتبرت يده يد ضمان لا يد أمانة ، لأنه قبض المبيع لحساب نفسه لا أمانة عنده لغيره . فإذا كان الخيار له ، فدخل المبيع فى ملكه ، لزم البيع وهلك المبيع عليه بالثمن . وإذا كان الخيار للبائع أولهما معاً ، فلم يدخل المبيع فى ملك المشترى ، بطل البيع وهلك المبيع على المشترى بالقيمة .

النصوص :

جاء فى البدائع : « الخيار لايخلو إما أن كان للبائع والمشترى جميعاً ، وإما أن كان للبائع وحده ، وإما أن كان للمشترى وحده ، وأما أن كان لغيرهما بأن شرط أحدهما الخيار لثالث . فإذا كان الخيار لهما ، فلا ينعقد

العقد فى حق الحكم فى البدلين جميعا ، فلا يزول المبيع عن ملك البائع ولا يدخل فى ملك المشترى ، وكذا لايزول الثمن عن ملك البائع ، لأن المانع من الانعقاد فى حق الحكم موجود فى الجانبين جميعا وهو الخيار . وإن كان للبائع وحده ، فلا ينعقد فى حق الحكم فى حقه ، حتى لايزول المبيع عن ملكه، ولا يجوز للمشترى أن يتصرف فيه،ويخرج الثمن عن ملك المشترى لأن البيع بات فى حقه . وهل يدخل فى ملك البائع ، عند أبى يوسف ومحمد يدخل . وإن كان للمشترى وحده ، لاينعقد فى حق الحكم فى حقه ، حتى لايزول الثمن عن ملكه ، ولا يجوز للبائع أن يتصرف فيه إذا كان عينا ولا يستحقه على المشترى إذا كان دينا . ويخرج المبيع عن ملك البائع ، حتى لايجوز له التصرف فيه، لأن البيع بات فى حقه ،وهل يدخل فى ملك المشترى؟ عند أبى حنيفة لايدخل ، وعندهما يدخل . وجه قولهما أن ثبوت الحكم عند وجود المستدعى هو الأصل والامتناع بعارض ، والمانع ههنا هو الخيار ، وأنه وجد فى أحد الجانبين لاغير ، فيعمل فى المنع فيه لا فى الجانب الآخر. ألا ترى كيف خرج المبيع عن ملك البائع إذا كان الخيار للمشترى ، والثمن عن ملك المشترى إذا كان الخيار للبائع ، فدل أن البيع بات فى حق من لاخيار له ، فيعمل فى بتات هذا الحكم الذى وضع له. وجه قول أبى حنيفة رحمه الله أن الخيار إذا كان للبائع فالمبيع لم يخرج عن ملكه ، وإذا كان للمشترى فالثمن لم يخرج عن ملكه ، وهذا يمنع دخول الثمن فى ملك البائع فى الأول ، ودخول المبيع فى ملك المشترى فى الثانى ، لوجهين . أحدهما أنه جمع بين البدل والمبدل فى عقد المبادلة ، وهذا لايجوز . والثانى أن فى هذا ترك التسوية بين العاقدين فى حكم المعاوضة، وهذا لايجوز لأنهما لا يرضيان بالتفاوت . وقولهما البيع بات فى حق من لاخيار له، قلنا هذا يوجب البتات فى حق الزوال لا فى حق الثبوت ،لأن الخيار من أحد الجانبين له أثر فى المنع من الزوال،وإمتناع الزوال من أحد الجانبين يمنع الثبوت من الجانب الآخر إن كان لايمنع الزوال لما ذكرنا من الوجهين . . . وإن كان المبيع داراً ،

فإن كان الخيار للبائع ، لا يثبت للشفيع فيها حق الشفعة ، لأن المبيع لم يخرج عن ملك البائع . وإن كان للمشترى ، يثبت حق الشفعة بالإجماع : أما على أصلهما فظاهر لأن المبيع فى ملك المشترى ، وأما على أصل أبى حنيفة فالمبيع وأن لم يدخل فى ملك المشترى لكنه قد زال عن ملك البائع بالإجماع وحق الشفعة يعتمد زوال ملك البائع لا ثبوت ملك المشترى ، (البدائع ٥ ص ٢٦٤ - ص ٢٦٦) .

وجاء فى فتح القدير : وخيار البائع يمنع خروج المبيع عن ملكه ، لأن تمام هذا السبب ، الذى هو البيع ، بالمراضاة . . . ولا يتم الرضا مع الخيار لأنه يفيد عدم الرضا بزوال ملكه ، فلم يتم السبب فى حق البائع ، لأنه لا يعمل ألا مع وجود الشرط وهو الرضا ، فلا يوجب حكمه فى حقه ، فلا يخرج المبيع عن ملكه . فلهذا جاز تصرفه فيه ، فنفذ عتقه فيه ولو كان فى يد المشترى ، ولا يملك المشترى التصرف فيه وان قبضه باذن البائع ، لبقاء ملك البائع فيه بلا اختلال . وبالتعليل المذكور يعرف أن خيار المشترى يمنع خروج الثمن عن ملكه لإتحاد نسبته الى كل من له الخيار ، وانه اذا كان الخيار لهما لايخرج المبيع عن ملك البائع ولا الثمن عن ملك المشترى . ولو قبض المشترى المبيع وكان الخيار للبائع ، فهلك فى يده فى مدة الخيار ، ضمنه بالقيمة ، لأن البيع ينفسخ بالهلاك ، لأنه كان موقوفا فى حق المبيع ، ولا يمكن نفاذه بالهلاك لأنه لإنفاذ بلا محل ، فبقى فى يد المشترى مقبوضاً لا على وجه الأمانة المحضة كالوديعة والإعارة . . لأنه مارضى البائع بقبضه الا على جهة العقد ، فأقل ما فيه أن يكون كالمقبوض على سوم الشراء . . . وثبوت الضمان بالقيمة على المشترى قال مالك والشافعى فى المشهور . وعندهم وجه فى ضمانه بالثمن ، وهو قياس قول أحمد ، لأنه قال يخرج المبيع عن ملك البائع بثبوت الخيار له ، لأن السبب قد تم بالإيجاب والقبول ، وثبوت الخيار ثبوت حق الفسخ ، وليس من ضرورة ثبوت حق الفسخ انتفاء حق الملك كخيار العيب . قلنا قولك تم البيع بالإيجاب والقبول ، ان أردت فى حق حكمه منعناه ، أو تمت صورته فسلم ولا يفيد فى ثبوت حكمه حتى يوجد

شرط عمله وهو تمام الرضا على ما ذكرنا . . . ولو هلك المبيع فى يد البائع والحال أن الخيار له ، ولا إشكال فى انه ينفسخ . . . وخيار المشترى لايمنع خروج المبيع عن ملك البائع . . . الا أن المشترى لايملكه . . وهذا عند ابى حنيفة . وقالا يملكه المشترى ، وبه قال مالك وأحمد والشافعى فى قول ، لأنه لما خرج عن ملك البائع ، لو لم يدخل فى ملك المشترى ، يكون زائلا لا الى ملك مالك ، ولا عهد لنا به فى الشرع فى باب التجارة والمعاوضة ، فيكون كالسائبة . . . ولأبى حنيفة رضى الله عنه انه لما لم يخرج الثمن عن ملكه ، فلو قلنا أنه يدخل المبيع فى ملكه ، اجتمع البدلان الثمن والمبيع فى ملك احد المتعاوضين حكما للمعاوضة ، ولا اصل له فى الشرع،وانى يكون والمعاوضة تقتضى المساواة بين المتعاوضين فى تبادل ملكيهما . . . فإن هلك المبيع فى يد المشترى ولو فى مدة الخيار ، هلك بالثمن . . وقد انبرم العقد وإبرام العقد بوجب الثمن لا القيمة »(فتح القدير ٥ ص ١١٥ — ص ١١٨).

ثانياً — بعد إنقضاء مدة الخيار أو بعد إستعماله :

كيف تنقضى مدة الخيار :

تنقضى مدة الخيار بأحد طرق ثلاثة :

(١) بانقضاء المدة التى عينها العاقدان ، بحسب الأحوال ، وفقا للتفصيل الذى قدمنا .

(٢) بموت من له حق الخيار ،وذلك لأن حق الخيار لا يورث ، فإذا مات من يملكه لم ينتقل إلى ورثته بل يزول ، ويعتبر البيع لازما لاخيار فيه . أما عند الشافعى فخيار الشرط يورث ، ويقوم وارث من له الخيار مقامه فيه .

(٣) باستعمال من له حق الخيار خياره حتى قبل انقضاء المدة.فإن أمضى العقد لزم ، وإلا انفسخ ، على الوجه الذى سنبينه .

كيف يستعمل حق الخيار :

من له حق الخيار ، بائعاً كان أو مشتريا أو أجنبيا ، يجوز له فسخ العقد أوإمضاؤه . ولا يشترط فى ذلك حكم القاضى . بل لايشترط أن يكون ذلك بحضور العاقد الآخر عند أبى يوسف والشافعى . وعند أبى حنيفة ومحمد يشترط أن يكون ذلك بحضوره أى بعلمه . وإذا انقضت مدة الخيار دون أن يفسخ من له الحق فيه ودون أن يمضى العقد، اعتبر عدم الفسخ إلى انقضاء المدة إمضاء للعقد ، كما اعتبر موت من له الخيار فى مدة الخيار إمضاء للعقد .

ويتم الفسخ أو الإمضاء بالقول أو بالفعل . ويكون صريحاً أو بطريق الدلالة . أما الصريح فنحو أن يقول البائع أجزت البيع أو أوجبته أوأسقطت الخيار أو أبطلته ، أو لم أجز البيع أو اسقطته . وأما الفسخ أو الإمضاء بطريق الدلالة فهو أن يوجد منه تصرف فى البدل الموقوف ، المبيع أو الثمن ، يدل على الفسخ أو الإمضاء . فإن كان الخيار للبائع وتصرف فى المبيع تصرف الملاك ، بأن باعه أو وهبه أو أجره مثلا ، كان هذا فسخاً بطريق الدلالة . وإذا تصرف فى الثمن ، بأن أبرأ المشترى منه أو وهبه إياه أواشترى منه شيئا به ، كان هذا إجازة . وإذا كان الخيار للمشترى ، ووهب المبيع أو باعه او أجره ، كان هذا إجازة . وإذا استأجره من البائع أو استعاره منه ، كان هذا فسخاً .

الأثر المترتب على استعمال حق الخيار :

فإذا فسخ من له حق الخيار العقد على النحو الذى قدمناه ، انفسخ العقد واعتبر كأن لم يكن ، وذلك دون حاجة إلى حكم ، أو رضاء العاقد الآخر ، أو حضوره وقت الفسخ عند أبى يوسف والشافعى كما سبق القول .

أما إذا أمضى العقد بالقول او بالفعل، صراحة او دلالة، أو مات فى مدة الخيار ، أو سكت عن الفسخ او الإمضاء حتى إنقضت مدة الخيار ، فقد زال حق الخيار ولزم العقد ، واستند ذلك بأثر رجعى إلى وقت نشوء العقد .

النصوص :

جاء فى المبسوط : « وإن كان الخيار للمشترى ثلاثة ايام فمات قبل ان يختار ، فقد انقطع خياره ولزم البيع . وكذلك إذا كان للبائع فمات البائع ، أو كان الخيار لهما جميعا فماتا ، فقد لزم البيع واجمعوا على انه إذا مات من عليه الخيار، فإن الخيار باق. ولا يورث خيار الشرط عندنا. وقال الشافعى يورث ويقوم وارث من له الخيار مقامه فى التصرف بحكم الخيار، لأن هذا حق لازم ثبت فى عقد بيع فيخلف الوارث فيه المورث كما فى ملك المبيع والثمن والكفالة والرهن ، بخلاف خيار القبول فإنه غير لازم ولا ثابت فى بيع منعقد، وبخلاف الأجل فإنه ليس بثابت فى البيع ولكنه صفة الدين ثم الإرث فيما ينتفع به الوارث او المورث ولا منفعة لواحد منهما فى إبقاء الأجل فإن ذمة الميت مرتهنة بالدين مالم يقض عنه فلا تبسط يد الوارث فى التركة لقيام الدين على المورث . فأما فى توريث الخيار ، فيه منفعة للوارث والمورث جميعا ، فإن الضرر والغبن يدفع به . وربما يقولون هذا خيار ثابت فى عين مبيعة فيخلف الوارث المورث فيه كخيار العيب ، ولأن البدل الذى من جانب من له الخيار يبقى على ملكه ما بقى له خياره والوارث يخلف المورث فيما كان مملوكا له ، فإذا كان الملك باقيا للبائع فى المبيع إلى وقت موته انتقل إلى وارثه ،ولا يبطل العقد بهذا الانتقال، فمن ضرورة انتقال الملك الى الوارث مع بقاء العقد انتقال الخيار اليه ليقوم الوارث مقام المورث فى التصرف بحكمه . وحجتنا ما قال فى الكتاب إن البيع منعقد مع الخيار ،وقد كان الخيار مشيئة فى رده، ولا يتحول بالموت مشيئته الى غيره، لأن إرادته ومشيئته صفة فلا تحتمل الانتقال منه إلى غيره . وإنما يورث مايحتمل الانتقال إلى الوارث ، فأما مالا يحتمل الانتقال إلى الوارث لا يورث كملكه فى منكوحته وأم ولده. وكذلك العقد لا ينتقل إلى الوارث ، لأنه إنما يورث ما كان قائما والعقد قول قد مضى ولا يتصور انتقاله إلى الوارث، وإنما يملك الوارث الإقالة لقيامه مقام المورث فى الملك

لا فى العقد فإن الملك يثبت ولاية الإقالة ، ألا ترى أن إقالة الموكل مع البائع صحيحة والعاقد هو الوكيل دون الموكل. وإنما يخلفه فى الملك الباقى بعد موته ، ولما انقطع خياره بالموت صارت العين مملوكة للمشترى ووارث البائع لا يخلفه فى ملك العين . . . فأما خيار العيب لا نقول بأنه يورث ،ولكن سبب الخيار يتقرر فى حق الوارث وهو استحقاق المطالبة بتسليم الجزء الفائت لأن ذلك جزء من المال مستحق للمشترى بالعقد، فإذا طالب البائع بتسليمه وعجز عن التسليم فسخ العقد لأجله ، وقد وجد هذا المعنى فى حق الوارث لأنه يخلف المشترى فى ملك ذلك الجزء . . . فالمقصود هناك ليس هو الفسخ ولكن المطالبة بتسليم ماهو المستحق بالعقد ، حتى اذا تعذر الرد بالعيب رجع بحصة العيب من الثمن، والوارث يخلف المورث فيما هو مال»(المبسوط ١٣ ص ٤٢ - ص ٤٣) .

وجاء فى البدائع : «وأما بيان مايسقط به الخيار ويلزم البيع فنقول وبالله التوفيق : أما خيار للبائع ، فما يسقط به خياره ويلزم البيع نوعان فى الأصل ، أحدهما اختيارى والآخر ضرورى . أما الاختيارى فالإجازة ، لأن الأصل هو لزوم البيع ، والامتناع بعارض الخيار وقد بطل بالإجازة فيلزم البيع . والإجازة نوعان : صريح وما هو فى معنى الصريح ودلالة . أما الأول فنحو أن يقول البائع أجزت البيع أو أوجبته أو أسقطت الخيار أو أبطلته وما يجرى هذا المجرى ، سواء علم المشترى الإجازة أو لم يعلم . وأما الإجازة بطريق الدلالة فهى أن يوجد منه تصرف فى الثمن يدل على الإجازة وإيجاب البيع ، فالإقدام عليه يكون إجازة للبيع دلالة . . وعلى هذا يخرج ما إذا كان الثمن عينا يتصرف البائع فيه تصرف الملاك بأن باعه أو ساومه أو أعتقه أو دبره أو كاتبه أو آجره أو رهنه ونحو ذلك ، لأن ذلك يكون إجازة للبيع . . وكذا لو كان الثمن دينا فأبرأ البائع المشترى من الثمن أو اشترى به شيئا منه أو وهب من المشترى ، فهو إجازة للبيع كما قلنا . . ولو اشترى بالثمن شيئا من غيره لم يصح الشراء وكان إجازة ، أما عدم صحة الشراء فلأنه شراء بالدين من غير من عليه الدين ، وأما كونه إجازة للبيع

فلأن الشراء به من غيره إن لم يصح لكنه قصد التملك وذا دليل الإجازة ، كما إذا ساومه بل أولى لأن الشراء به فى الدلالة على قصده التملك فوق المساومة . فلما كانت المساومة إجازة فالشراء أولى . بخلاف ما إذا كان البائع قبض الثمن الذى هو دين فاشترى به شيئا إنه لا يكون إجازة للبيع ، لأن عين المقبوض ليس بمستحق الرد عند الفسخ لأن الدراهم والدنانير لاتتعين عندنا فى الفسخ كما لايتعينان فى العقد ، فلم يكن المقبوض فيه مستحق الرد ، فلا يكون التصرف فيه دليل الإجازة . بخلاف ما إذا اشترى به قبل القبض لأنه أضاف الشراء إلى عين ماهو مستحق بالعقد ، فكان دليل القصد إلى الملك أو تقرر الملك فيه على ماقلنا . ولو كان الخيار للمشترى فأبرأه البائع من الثمن ، قال أبو يوسف رحمه الله لايصح الإبراء لأن خيار المشترى يمنع وجوب الثمن ، والإبراء إسقاط ، وإسقاط ما ليس بثابت لايتصور . وروى عن محمد رحمه الله أنه إذا أجاز البيع نفذ الإبراء ، لأن الملك يثبت مستنداً إلى وقت البيع ، فتبين أن الثمن كان واجبا ، فكان إبراؤه بعد الوجوب ، فينفذ والله عزوجل أعلم . وأما الضرورى فثلاثة أشياء : أحدها مضى مدة الخيار ، لأن الخيار مؤقت به ، والمؤقت إلى غاية ينتهى عند وجود الغاية . لكن هل تدخل الغاية فى شرط الخيار ، بأن شرط الخيار إلى الليل أو إلى الغد ، هل يدخل الليل أو الغد ؟ قال أبو حنيفة عليه الرحمة تدخل ، وقال أبو يوسف ومحمد لاتدخل . . والثانى موت البائع فى مدة الخيار عندنا ، وقال الشافعى رحمه الله لا يبطل الخيار بموته بل يقوم وارثه مقامه فى الفسخ والإجازة . . أجمعوا على أن خيار العيب وخيار التعيين يورث . وأما خيار الرؤية فلم يذكر فى الأصل ، وذكر فى الحيل أنه لايورث ، وكذا روى ابن سماعة عن محمد أنه لايورث . . والثالث إجازة أحد الشريكين عند أبى حنيفة رحمه الله بأن تبايعا على أنهما بالخيار فأجاز أحدهما ، بطل الخيار ولزم البيع عنده حتى لا يملك صاحبه الفسخ ، وعندهما لا يبطل وخيار الآخر على حاله (البدائع ٥ ص ٢٦٧ — ٢٦٨) :

وجاء فى الهداية : « ومن شرط له الخيار فله أن يفسخ فى المدة ، وله أن يجيز . فإن أجازه بغير حضرة صاحبه جاز ، وإن فسخ لم يجز إلا أن يكون الآخر حاضرا عند أبى حنيفة ومحمد ، وقال أبو يوسف يجوز ، وهو قول الشافعى . والشرط هو العلم ، وإنما كنى بالحضرة عنه . له أنه مسلط على الفسخ من جهة صاحبه فلا يتوقف على علمه كالإجارة ، ولهذا لايشترط رضاه ، وصار كالوكيل بالبيع . ولهما أنه تصرف فى حق الغير وهو العقد بالدفع ، ولايعرى عن المضرة ، لأنه عساه يعتمد تمام البيع السابق فيتصرف فيه ، فتلزمه غرامة القيمة بالهلاك فيما إذا كان الخيار للبائع أو لايطلب لسلعته مشتريا فيما إذا كان الخيار للمشترى ، وهذا نوع ضرر فيتوقف على علمه ، وصار كعزل الوكيل ، بخلاف الإجازة لأنه لا إلزام فيه ، ولانقول أنه مسلط وكيف يقال ذلك وصاحبه لا يملك الفسخ ولا تسليط فى غير ما يملكه المسلط . ولو كان فسخ فى حال غيبة صاحبه وبلغه فى المدة ، تم الفسخ لحصول العلم به ، ولو بلغه بعد مضى المدة تم العقد بمضى المدة قبل الفسخ . . . ومن اشترى داراً على أنه بالخيار ، فبيعت أخرى بجنبها فأخذها بالشفعة ، فهو رضا ، لأن طلب الشفعة يدل على إختياره الملك فيها ، لأنه ماثبت إلا لرفع ضرر الجوار وذلك بالاستدامة ، فيتضمن ذلك سقوط الخيار سابقا عليه ، فيثبت الملك وقت الشراء ، فيتبين أن الجوار كان ثابتا » (فتح القدير ٥ ص ١٢٠ — ١٣٤) .

وجاء فى الشرح الكبير على متن المقنع : « ينتقل الملك فى بيع الخيار بنفس العقد فى ظاهر المذهب (مذهب أحمد) ، ولا فرق بين كون الخيار لهما أو لأحدهما أيهما كان ، وهو أحد أقوال الشافعى . وعن أحمد أن الملك لا ينتقل حتى ينقض الخيار ، وهو قول مالك والقول الثانى للشافعى وبه قال أبو حنيفة ، إذا كان الخيار لهما أو للبائع ، وإن كان للمشترى خرج عن ملك البائع ولم يدخل فى ملك المشترى ، لأن البيع الذى فيه الخيار عقد قاصر فلم ينقل الملك كالهبة قبل القبض . وللشافعى قول ثالث إن الملك موقوف ، فإن

أمضيا البيع تبينا أن الملك للمشترى ، وإلا تبينا أنه لم ينتقل عن البائع . ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم : من باع عبداً وله مال فماله للبائع إلا أن يشترطه المبتاع ، وقوله : من باع نخلا بعد أن يؤبره فثمره للبائع إلا أن يشترطه المبتاع ، متفق عليه . فجعله للمبتاع بمجرد اشتراطه ، وهو عام فى كل بيع . ولأنه بيع صحيح ، فنقل الملك عقيبه كالذى لا خيار فيه ، ولأن البيع تمليك بدليل أنه يصح بقوله ملكتك، فيثبت به الملك كسائر البيع ، لأن التمليك يدل على نقل الملك إلى المشترى ويقتضيه لفظه ، وقد اعتبره الشرع وقضى بصحته فوجب اعتباره كما يقتضيه ويدل عليه لفظه ، وثبوت الخيار فيه لا ينافيه كما لو باع عرضاً بعرض فوجد كل واحد منهما بما اشتراه عيبا. وقولهم انه قاصر غير صحيح ، وجواز فسخه لا يوجب قصوره ولا يمنع نقل الملك فيه كبيع المعيب ، وامتناع التصرف إنما كان لأجل حق الغير ، فلا يمنع ثبوت الملك كالمرهون . وقولهم إنه يخرج عن ملك البائع ولا يدخل فى ملك المشترى لا يصح ، لأنه يفضى إلى وجود ملك بغير مالك وهو محال ، ويفضى أيضا إلى ثبوت الملك للبائع فى الثمن عن غير حصول عوض للمشترى ، أو إلى نقل ملكه من المبيع من غير ثبوته فى عوضه ، وكون العقد معاوضه يأبى ذلك . وقول أصحاب الشافعى إن الملك موقوف إن أمضيا البيع تبينا أنه انتقل وإلا فلا غير صحيح ، فإن انتقال الملك إنما يبنى على سببه الناقل وهو البيع ، وذلك لا يختلف بإمضائه وفسخه ، فإن امضاءه ليس من المقتضى ولا شرطا فيه إذ لو كان كذلك لما ثبت الملك قبله ، والفسخ ليس بمانع فإن المنع لا يتقدم المانع كما أن الحكم لا يتقدم سببه ولا شرطه . ولأن البيع مع الخيار سبب يسبق الملك عقيبه فيما إذا لم يفسخ ، فوجب أن يثبته وان فسخ كبيع المعيب ، وهو ظاهر إن شاء الله تعالى . فما حصل من كسب أو نماء فهو له ، أمضيا العقد أو فسخاه : ما يحصل من غلات المبيع ونمائه فى مدة الخيار ، فهو للمشترى أمضيا العقد أو فسخاه . قال محمد فيمن اشترى عبداً ووهب له مال قبل التفرق ثم اختار البائع العبد ، فالمال للمشترى وقال الشافعى إن أمضيا العقد وقلنا

الملك للمشترى فالنماء المنفصل له ، وان قلنا الملك للبائع فالنماء له ، وان فسخا العقد وقلنا الملك للبائع أو موقوف فالنماء له وإلا فهو للمشترى . ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم : الخراج بالضمان . . وهذا من ضمان المشترى فيجب أن يكون نماؤه للمشترى كما بعد انقضاء الخيار . ويتخرج أن يكون النماء المنفصل للبائع اذا فسخا العقد بناء على قولنا أن الملك لا ينتقل . وأما النماء المتصل فهو تابع للمبيع بأى حال ، كما يتبعه فى الرد بالعيب والمقايلة » (الشرح الكبير على متن المقنع ٤ ص ٧٠ — ص ٧١) . وجاء فى نفس المصدر (٤ ص ٧٠) : « اذا شرط الخيار حيلة على الانتفاع بالقرض ليأخذ غلة المبيع ونفعه فى مدة انتفاع المقترض بالثمن ، ثم يرد المبيع بالخيار عند رد الثمن ، فلا خيار فيه لأنه من الحيل ، ولا يحل لأخذ الثمن الانتفاع به فى مدة الخيار ولا التصرف فيه » .

المطلب الثانى

خيار التعيين

خيار التعيين متفرع من خيار الشرط :

يتفرع عن خيار الشرط خيار التعيين ، ويذكر فى كتب الفقه عادة ضمن خيار الشرط أو عقبه . ومن ثم نبحث ، كما بحثنا فى خيار الشرط ، قيام خيار التعيين ثم الأحكام التى ترتبت على قيامه .

§ ١ـ قيام خيار التعيين

ماهو خيار التعيين وما هو مصدره :

خيار التعيين خيار يشترطه المشترى عادة بأن يكون المبيع أحد أشياء معينة يختار المشترى واحدا منها بعد التجربة أو بعد التأمل والتروى . فخيار التعيين يثبت الملك للمشترى فى أحد هذه الأشياء غير عين . وهو فى الوقت

ذاته ينطوى على خيار شرط بموجبه يتمكن المشترى من التروى فى الاختيار. ولذلك كان البيع المقترن بخيار التعيين غير لازم من جانب المشترى فى جميع الأشياء كما سنرى.

ويشترط ألا تزيد الأشياء التى يختار منها المشترى على ثلاثة، لأن خيار التعيين شرع استحسانا على خلاف القياس للحاجة إلى دفع الغبن بالتحرى، والحاجة تندفع بالتحرى فى ثلاثة لا أكثر لاقتصار الأشياء على الجيد والوسط والردىء، فيبقى الحكم فيما يزيد على الثلاثة مردوداً إلى أصل القياس وهو المنع. ويحتاج المشترى إلى خيار التعيين إذا كان لا يمكنه دخول السوق بنفسه أو كان فى حاجة إلى استشارة خبير فيما يأخذ وفيما يدع، فيشترط هذا الخيار ليتسنى له اختيار ما يناسبه خارج السوق أو بعد الرجوع الى رأى الخبير.

ويأخذ زفر والشافعى بالقياس، فعندهما خيار التعيين يفسد البيع.

ومصدر الخيار اشتراطه فى العقد ذاته، فلا بد أن يشترط فى عقد البيع أن يكون للمشترى الخيار فى أن يأخذ أى الأشياء يختاره بثمن معين، فإذا خلا البيع من هذا الشرط فسد. فإذا قال البائع للمشترى بعتك دارا من هذين بألف ولم يذكر على أنك بالخيار فى أيهما شئت، لا يجوز اتفاقا، كقوله بعتك دارا من دورى. ولا بد أن يعين ثمن كل واحد من الأشياء المعروضة على المشترى، وإلا فسد البيع لجهالة الثمن.

جاء فى البدائع: «اذا قال بعتك أحد هذه الأثواب الأربعة بكذا، وذكر خيار التعيين أو سكت عنه، أو قال بعتك أحد هذين الثوبين أو أحد هذه الأثواب الثلاثة بكذا وسكت عن الخيار، فالبيع فاسد لأن المبيع مجهول. ولو ذكر الخيار بأن قال على أنك بالخيار تأخذ أيها شئت بثمن كذا وترد الباقى، فالقياس أن يفسد البيع وفى الاستحسان لا يفسد. وجه القياس أن البيع مجهول لأنه باع أحدهما غير عين وهو غير معلوم، فكان المبيع مجهولا، فيمنع صحة البيع، كما لو باع أحد الأثواب الأربعة وذكر الخيار.

وجه الاستحسان الاستدلال بخيار الشرط ، والجامع بينهما مساس الحاجة إلى دفع الغبن وكل واحد من الخيارين طريق إلى دفع الغبن ، وورود الشرع هناك يكون ورودا هنا . والحاجة تندفع بالتحرى فى الثلاثة ، لاقتصار الأشياء على الجيد والوسط والردىء ، فيبقى الحكم فى الزيادة مردوداً إلى أصل القياس . ولأن الناس تعاملوا هذا البيع لحاجتهم إلى ذلك ، فأن كل أحد لا يمكنه أن يدخل السوق فيشترى ما يحتاج إليه ، خصوصا الأكابر والنساء ، فيحتاج إلى أن يأمر غيره ، ولا تندفع حاجته بشراء شىء واحد معين من ذلك الجنس لما عسى لا يوافق الآمر ، فيحتاج إلى أن يشترى أحد اثنين من ذلك الجنس فيحملهما جميعا إلى الآمر فيختار أيهما شاء بالثمن المذكور ويرد الباقى . فجوزنا ذلك لتعامل الناس ، ولا تعامل فيما زاد على الثلاثة ، فبقى الحكم فيه على أصل القياس . وقوله المعقود عليه مجهول ، قلنا هذا ممنوع ، فإنه إذا شرط الخيار بأن قال على أن تأخذ أيهما شئت ، فقد انعقد البيع موجبا للملك عند اختياره لا للحال ، والمعقود عليه عند اختياره معلوم ، مع أن هذه جهالة لا تفضى إلى المنازعة لأنه فوض الأمر إلى اختيار المشترى يأخذ أيهما شاء فلا تقع المنازعة » (البدائع ٥ ص ١٥٦ — ١٥٧)

لمن يكون خيار التعيين :

رأينا مما تقدم أن الأصل فى خيار التعيين أن يكون للمشترى ، فهو الذى يحتاج لهذا الخيار حتى يأخذ الأوفق له . أما البائع فالأشياء كلها كانت فى يده فهو أدرى بما يرى بيعه منها ، ولا يكون فى حاجة إلى الخيار . ومن ثم ذهب رأى الى أن خيار التعيين يختص به المشترى ، ولكن هناك رأيا آخر يذهب إلى جواز أن يكون للبائع خيار التعيين قياسا عل خيار الشرط ، وقد يكون فى حاجة اليه اذا كان رأيه لم يستقر على أى الأشياء يبيع .

جاء فى فتح القدير : « وإذا ظهر أن جواز هذا البيع للحاجة الى اختيار

ماهو الأرفق والأوفق لمن يقع الشراء له حاضرا أو غائبا ، ظهر أنه لا يجوز للبائع . بل يختص خيار التعيين بالمشترى ، لأن البائع لا حاجة له إلى إختيار الأوفق والأرفق ، لأن المبيع كان معه قبل البيع ، وهو أدرى بما لاءمه منه، فيرد جانب البائع إلى القياس ، فلهذا نص فى المجرد على أنه لايجوز فى جانب البائع . وذكر الكرخى أنه يجوز إستحسانا، لأنه بيع يجوز مع خيار المشترى فيجوز مع خيار البائع ، قياساً على الشرط » (فتح القديره ٥ ص ١٣١) .

مدة الخيار :

اختلف الفقهاء فيما إذا كان يشترط بيان المدة فى خيار التعين . فقال بعضهم لايجوز هذا البيع إلا بذكر مدة الخيار، لأن المبيع لو كان شيئا واحدا معينا وشرط فيه الخيار كان بيان المدة شرط الصحة (فى غير مذهب مالك)، وكذلك يكون الحكم لو كان المبيع شيئا واحدا غير معين، إذ أن ترك التوقيت تجهيل لمدة الخيار وهذا مفسد للبيع . وقال آخرون يصح خيار التعيين من غير ذكر المدة ، لأن خيار التعيين بخلاف خيار الشرط لايمنع ثبوت الحكم فى الحال فى أحد الأشياء غير عين ، وإنما يمنع تعين المبيع ، فلا يشترط له بيان المدة .

والصحيح هو وجوب بيان المدة ، ويكون حدها هو حد المدة فى خيار الشرط. فعند أبى حنيفة لايجوز أن تزيد المدة على ثلاثة أيام، وعندأبى يوسف ومحمد يجوز الاتفاق على أية مدة ولو طالت، وعندمالك تتقدر المدة بتقدير الحاجة.

جاء فى البدائع : « وهل يشترط بيان المدة فى هذا الخيار؟ إختلف المشايخ فيه لإختلاف ألفاظ محمد فى هذه المسألة فى الكتب. فذكر فى الجامع الصغير على أن يأخذ المشترى أيهما شاء وهو فيه بالخيار ثلاثة أيام. وذكر فى الأصل على أن يأخذ أيهما شاء بألف ولم يذكر مدة الخيار . فقال بعضهم لا يجوز هذا البيع إلا بذكر مدة خيار الشرط، وهو ثلاثة أيام فما دونها عند أبى حنيفة

رحمه الله، وعندهما الثلاث ومازاد عليها بعد أن يكون معلوما، وهو قول الكرخي والطحاوي رحمهما الله. وقال بعضهم يصح من غير ذكر المدة. وجه قول الأولين أن المبيع لو كان ثوبا واحدا معينا وشرط فيه الخيار كان بيان المدة شرط الصحة بالإجماع، فكذا إذا كان واحداً غير معين. والجامع بينهما أن ترك التوقيت تجهيل لمدة الخيار وإنه مفسد للبيع، لأن للمشترى أن يردهما جميعا والثابت بخيار التعيين رد أحدهما، وهذا حكم خيار الشرط، فلا بد من ذكر مدة معلومة. وجه قول الآخرين أن . . . التعيين لا يمنع ثبوت الحكم . . وإنما يمنع تعين المبيع لاغير، فلايشترط له بيان المدة . . . والدليل على التفرقة بينهما أن خيار الشرط لا يورث على اصل اصحابنا، وخيار التعيين يورث بالإجماع . إلا أن للمشترى أن يردهما جميعا، لاحكما لخيار الشرط المعهود ليشترط له بيان المدة، بل لأن البيع المضاف إلى احدهما غير لازم فكان محلا للفسخ كالبيع بخيار شرط معهود» (البدائع ٥ ص١٥٧).

وجاء فى المبسوط: «ثم نص فى هذا الموضع على تقدير الخيار بثلاثة ايام، وهو الصحيح، لأن هذا خيار ثبت بالشرط، فلا بد فيه من إعلام المدة، وإن اطلق ذلك فى غير هذا الموضع من الكتب» (المبسوط ١٣ ص ٥٥).

وجاء فى فتح القدير: «لا بد من توقيت خيار التعيين بالثلاثة عند أبى حنيفة كما فى خيار الشرط لأنه أصله، وعندهما أى مدة تراضيا عليها بعد كونها معلومة» (فتح القدير ٥ ص ١٣٢).

§ ٢ — حكم خيار التعيين

العقد غير لازم الى وقت اعمال الخيار:

إذا اقترن البيع بخيار التعيين، نفذ، وثبت الملك للمشترى فى أحد الأشياء غير عين إذا كان الخيار له، ولم يزل شىء عن ملك البائع إذا كان الخيار للبائع. ولكن البيع، وإن كان نافذاً، يكون غير لازم، وينطوى خيار التعيين على خيار شرط هو الذى يجعل البيع غير لازم. فإذا كان الخيار للمشترى كان له أن

يرد الأشياء جميعا ولا يلزمه أخذ شيء منها ، وإذا كان الخيار للبائع كان له فسخ البيع واسترداد كل الأشياء ولا يلزمه ترك شيء منها للمشترى ، وذلك كله طوال مدة الخيار .

ولمن له الخيار أن يختار أحد الاشياء، فى خلال مدة الخيار ، ليكون هو المبيع . والاختيار قد يكون صراحة أو دلالة ، ويكون دلالة إذا تصرف المشترى فى أحد الاشياء تصرف المالك فيكون هذا دليلا على انه اختاره، أو تصرف البائع فى أحد الشيئين تصرف المالك فيكون هذا دليلا على أنه اختار أن يكون المبيع هو الشيء الآخر . فإذا اختار من له الخيار ، لزم البيع ، واعتبر المبيع متعينا منذ البداية واستند تعينه إلى وقت العقد. وإن انقضت مدة الخيار دون أن يختار من له هذا الحق ، نقض البيع فى جميع الاشياء عند المالكية (انظر الحطاب ٤ ص ٤٢٥) ، وعند الحنيفة ينبرم البيع فى أحدها وعلى من له الخيار ان يعين (فتح القدير ٥ ص ١٣٢) .

ولتفصيل ما قدمناه نميز بين ما اذا كان الخيار للمشترى أو كان الخيار للبائع .

أولا — الخيار للمشترى

ثبوت الملك :

إذا كان خيار التعيين للمشترى، فحكمه ثبوت الملك له فى أحد الأشياء غير عين . وما بقى من الاشياء إذا قبضها المشترى تكون أمانة فى يده ، لانه قبضها بإذن المالك لا على وجه التمليك ولا على وجه الثبوت ، فكان أمانة . فإذا فرضنا ان الخيار فى شيئين ، وتصرف المشترى فى أحدهما ، فقد تعين هذا الشيء مبيعا منذ العقد مستندا إلى الماضى، لان التصرف اختيار عن طريق الدلاله كما قدمنا، وتعين الشيء الآخر امانة فى يد المشترى . ولمن تصرف البائع فى أحد الشيئين ، كان تصرفه موقوفا إلى أن يختار المشترى، فإن اختار الشيء

الذى تصرف فيه البائع صار هو المبيع منذ العقد مستنداً الى الماضى، وسقط تصرف البائع فيه فقد تبين أنه تصرف فى ملك غيره. اما اذا اختار المشترى الشىء الآخر، فقد تعين هذا الشىء ليكون مبيعاً منذ العقد مستنداً الى الماضى، وتعين الشىء الآخر الذى تصرف فيه البائع للأمانة منذ البداية، ونفذ تصرف البائع فيه إذ ظهر أنه تصرف فى ملك نفسه.

عدم لزوم العقد

يكون البيع غير لازم للمشترى، ولازما للبائع. ومعنى ذلك أن المشترى يستطيع أن يفسخ البيع فى الأشياء جميعا، وليس للبائع أن يفسخ البيع إذا اختار المشترى شيئا منها. فإذا كان الخيار للمشترى فى أحد شيئين، كان له ان يرد البيع، لا فى شىء منهما فحسب، بل فى الشيئين جميعا. وكان مقتضى خيار التعيين ان يرد البيع فى شىء فيلزمه الآخر اذ يكون قد اختاره دلالة، ولكن لما كان خيار التعيين ينطوى على خيار شرط كما قدمنا، فإن للمشترى ان يرد البيع حتى فى الشىء الآخر بموجب خيار الشرط. ذلك أن خيار التعيين شرع كخيار الشرط للتأمل والتروى، فإذا كانت نتيجة التأمل والتروى أن المشترى لا يلائمه أى من الشيئين، كان له أن يردهما جميعاً.

على أنه إذا مات المشترى لزم البيع ورثته، إذ ينقطع خيار الشرط فهو لا يورث كما قدمنا فيلزم البيع. ويبقى خيار التعيين مع لزوم البيع، وعلى ورثة المشترى أن تختار أى الأشياء يكون هو المبيع. فخيار التعيين، بخلاف خيار الشرط، يورث كما يورث خيار العيب، لتعلق الخيار بالمبيع أكثر من تعلقه بمشيئة العاقد.

كذلك يلزم البيع بتعيب الشيئين معاً وتعينهما للمبيع فينقطع خيار الشرط ويبقى خيار التعيين. وعلى المشترى فى هذه الحالة أن يختار أحد الشيئين المعيبين ليكون هو المبيع وفقا للأحكام التى أسلفناها.

الهلاك :

نميز بين ما إذا كان الهلاك قبل القبض أو بعد القبض .

فإذا كان الهلاك قبل قبض المشترى للمبيع ، وهلك أحد الشيئين فى يد البائع ، لم يبطل البيع . ويكون المشترى بالخيار إن شاء أخذ الشىء الآخر بثمنه ، وإن شاء تركه لأن المبيع قد تغير قبل القبض بأنحصاره فى شىء واحد وهذا يوجب الخيار . أما إذا هلك الشيئان جميعا ، فقد بطل البيع بهلاك المبيع قبل القبض بيقين .

وإن كان الهلاك بعد قبض المشترى للمبيع ، وهلك أحد الشيئين فى يد المشترى ، تعين الهالك للبيع ولزم المشترى ثمنه ، وتعين الشىء الآخر للأمانة . ذلك أن الأمانة من الشيئين مستحقة الرد على البائع ، وقد خرج الهالك عن احتمال الرد فيه ، فتعين الباقى للرد ، وتعين الهالك ضرورة للبيع . أما إن هلك الشيئان معاً ، فإن هلكا على التعاقب ، هلك الأول مبيعا والآخر أمانة ، وإن هلكا فى وقت واحد ، لزم المشترى ثمن نصف كل واحد منهما لأنه ليس أحدهما بالتعيين أولى من الآخر ، فشاع المبيع فيهما جميعا .

ثانيا — الخيار للبائع :

ثبوت الملك :

إذا كان خيار التعيين للبائع ، لم يزل أى الشيئين عن ملكه ، وله أن يلزم المشترى أى شىء منهما شاء ليكون هو المبيع منذ البيع مستنداً إلى الماضى ، وليس له أن يلزمهما المشترى لأن المبيع أحدهما . ولا يجوز للمشترى أن يتصرف فيهما أو فى أحدهما إلى أن يختار البائع ، لأن أحدهما ليس مبيعا بيقين والآخر مبيع لكن لبائعه فيه خيار وخيار البائع يمنع زوال المبيع عن ملكه . ولو تصرف البائع فى أحدهما جاز تصرفه فيه ، ويتعين الشىء الآخر

للبيع مستنداً إلى الماضى ، وللبائع فيه خيار الإلزام أو الفسخ . ولو تصرف فيهما جميعا ، جاز تصرفه ويكون فسخا للبيع ، لأن تصرفه فيهما جميعاً دليل إقرار الملك له فيهما معاً فيتضمن فسخ البيع .

عدم لزوم العقد :

يكون البيع هنا غير لازم للبائع ، ولازما للمشترى . ومعنى ذلك أن البائع يستطيع أن يفسخ البيع فى الأشياء جميعا ، وليس للمشترى خيار الترك لو ألزمه البائع بشىء منها . فإذا كان الخيار للبائع فى أحد شيئين ، كان له أن يرد البيع فى الشيئين جميعاً . فى أحدهما بخيار التعيين وفى الآخر بما ينطوى عليه خيار التعيين من خيار الشرط . وإذا مات البائع لزم البيع ورثته ، إذ ينقطع خيار الشرط فهو لايورث ويلزم البيع . ويبقى خيار التعيين لأنه يورث على ماقدمنا ، وعلى ورثة البائع أن تختار أى الشيئين يكون هو المبيع . كذلك يلزم البيع بتعيب الشيئين معاً ، إذ ينقطع خيار الشرط ويبقى خيار التعيين ، وعلى البائع أن يعين الشىء المبيع . وهذه الأحكام كلها تقدمت نظائرها فى حالة ما إذا كان الخيار للمشترى .

الهلاك :

نميز هنا أيضاً بين ما إذا كان الهلاك قبل القبض أو بعد القبض .

فإن كان الهلاك قبل القبض ، وهلك أحد الشيئين فى يد البائع ، هلك عليه . ثم إن البائع يبقى على خياره ، إن شاء ألزم المشترى الشىء الباقى لأنه تعين للبيع بهلاك الشىء الأول ، وإن شاء فسخ البيع فيه لأن البيع غير لازم له كما قدمنا . وليس للبائع أن يلزم المشترى الشىء الهالك ، لأنه هلك عليه كما سبق القول . أما إن هلك الشيئان جميعا ، فقد بطل البيع بهلاك المبيع قبل القبض بيقين .

وإن كان الهلاك بعد القبض ، وهلك أحد الشيئين فى يد المشترى ، هلك أمانة على البائع كما لوكان قد هلك قبل القبض . وللبائع أن يلزم المشترى الشىء الباقى لأنه تعين للبيع ، وله أن يفسخ البيع فيه لأنه غير لازم له . ذلك أن خيار البائع يمنع زوال السلعة عن ملكه ، فيهلك الشىء على ملك البائع ، وله الخيار فى الشىء الباقى . وليس له أن يلزم المشترى الشىء الهالك ، إذ هلك فى يد المشترى أمانة كما تقدم القول . أما إن هلك الشيئان معاً ، فإن هلكا على التعاقب ، هلك الأول أمانة وهلك الثانى بقيمته لأنه تعين للبيع وفيه خيار البائع . وإن هلكا فى وقت واحد ، فعلى المشترى نصف قيمة كل منهما ، فليس أحدهما أولى بالتعيين من الآخر ، فشاع الضمان فيهما بالقيمة إذ للبائع فيهما الخيار .

النصوص :

جاء فى المبسوط : « فإن هلك أحدهما أو دخله عيب لزمه ثمنه ، ويرد الباقى وهو فيه أمين ، لأنه عجز عن رد الهالك منهما بحكم الخيار فيتعين البيع فيه ، وهذا لأنه حين أشرف على الهلاك ، فقد ثبت فى يده وعجز عن رده كما قبضه ، فيلزم البيع فيه ، ثم يكون هالكا على ملكه . فإذا تعين البيع فى الهالك كان هو أمينا فى الآخر ، لأنه قبضهما بإذن البائع على أن يكون البيع أحدهما دون الآخر ، فكان أحدهما بغير عينه مبيعا والآخر أمانة لأنه ما قبض الآخر للشراء . فإذا تعين البيع فى أحدهما تعين البيع فى الهالك ، وكان أمينا فى الآخر ، لأنه قبضهما بإذن البائع على أن يكون تعين الآخر للأمانة . . . وإن هلكا معاً ، فعليه نصف ثمن كل واحد منهما إن كان الثمن متفقا أو مختلفا ، لأن أحدهما بغير عينه مبيع ولزمه ثمنه بالهلاك فى يده والآخر أمانة ، وليس أحدهما لتعينه مبيعا بأولى من الآخر ، لأن حالهما قبل الهلاك سواء ، فبعد الهلاك لايتحقق تعيين البيع فى أحدهما . فللمعارضة قلنا فيتبع حكم الأمانة وحكم المبيع فيهما ، فيكون هو أمينا فى نصف كل واحد منهما مشتريا نصف

كل واحد منهما ، ولأن كل واحد من الثمنين يلزمه من وجه دون وجه فلهذا يلزمه نصف ثمن كل واحد منهما . قال وإن كانا قائمين بأعيانهما وأراد ردهما فله ذلك، لأنه أمين فى احدهما فرده بحكم الأمانة ، وفى الآخر مشتر قد شرط الخيار لنفسه فيتمكن من رده . فإن اختار أحدهما لزمه ثمنه ، لأنه عين البيع فيه والتزمه باختياره فيلزمه ثمنه ، وكان الآخر أمينا فإن ضاع عنده بعد ذلك لم يكن عليه فيه ضمان لما ذكرنا . قال وإذا اشترى جاريتين أحدهما بألف والأخرى بخمسمائة على أن يأخذ أيهما شاء ويرد الأخرى . . وحدث العيب بهما معا ، رد أيتهما شاء وأمسك الأخرى . بخلاف ما إذا هلكتا ، لأن الهالك ليس بمحل لابتداء البيع فيه فلا يكون محلا لتعيين مبيع فيه ، والمعيب محل لابتداء البيع فيه فيكون محلا لتعيين المبيع فيه أيضا . فلهذا يبقى خياره بعد ما تعيبتا معا ، إذ ليست أحداهما بتعيين البيع فيها بأولى من الأخرى ، ولكن ليس له أن يردهما بخلاف ما قبل التعييب ، لأن العقد قد لزمه فى المبيعة منهما بالتعيب وسقط خيار الشرط فيها ، فلهذا لايتمكن من ردهما » (المبسوط للسرخسى جزء ١٣ ص ٥٥ — ٥٧) .

وجاء فى البدائع : « حكمه ثبوت الملك للمشترى فى أحد المذكورين غير عين ، وخيار التعيين إليه . . . والآخر يكون ملك البائع أمانة فى يده إذا قبضه ، لأن قبضه بإذن المالك لا على وجه التمليك ولا على وجه الثبوت فكان أمانة . وليس للمشترى أن يأخذهما جميعاً ، لأن المبيع أحدهما . ولو هلك أحدهما قبل القبض لا يبطل البيع . لأنه يحتمل أن يكون الهالك هو المبيع فيبطل البيع بهلاكه ويحتمل أن يكون غيره فلا يبطل ، والبيع قد صح بيقين ووقع الشك فى بطلانه فلا يبطل بالشك . ولكن المشترى بالخيار ، إن شاء أخذ الباقى بثمنه ، وإن شاء ترك ، لأن المبيع قد تغير قبل القبض بالتعيين فيوجب الخيار . وكذلك لو اشترى أحد الأثواب الثلاثة ، فهلك واحد منها وبقى اثنان لا يبطل البيع لما قلنا ، وللمشترى أن يأخذ أيهما شاء ، لأن الهالك إذا لم يعين للبيع كان المبيع أحد الباقيين فكان له أن يأخذ أيهما شاء ، وله

أن يتركهما كما لو اشترى أحدهما من الابتداء . ولو هلك الكل قبل القبض بطل البيع ، لأن المبيع قد هلك بيقين فيبطل البيع ، والله عز وجل أعلم . وأما صفة هذا الحكم فهو أن الملك الثابت بهذا البيع قبل الاختيار ملك غير لازم ، وللمشترى أن يردهما جميعاً ، لأن خيار التعيين يمنع لزوم العقد كخيار العيب وخيار الرؤية فيمنع لزوم الملك ، فكان محتملا للفسخ . . . وأما بيان ما يبطل به الخيار ويلزم البيع ، فنقول وبالله التوفيق : ما يبطل به الخيار ويلزم البيع فى الأصل نوعان اختيارى وضرورى . والاختيارى نوعان ، أحدهما صريح الاختيار وما يجرى مجرى الصريح ، والثانى الاختيار من طريق الدلالة . أما الصريح فهو أن يقول أخذت هذا الثوب أو شئته أو رضيت به وما يجرى هذا المجرى ، لأنه لما اختار أحدهما فقد عين ملكه فيه ، فيسقط خيار التعيين ويلزم البيع . وأما الاختيار من طريق الدلالة فهو أن يوجد منه فعل فى أحدهما يدل على تعيين الملك فيه . . ولو تصرف البائع فى أحدهما فتصرفه موقوف ، إن تعين ما تصرف فيه للبيع لم ينفذ تصرفه لأنه تبين أنه تصرف فى ملك غيره ، وإن تعين ما تصرف فيه للأمانة نفذ تصرفه لأنه ظهر أنه تصرف فى ملك نفسه فينفذ . وأما الضرورى فنحو أن يهلك أحدهما بعد القبض فيبطل الخيار لأن الهالك منهما تعين للبيع ولزمه ثمنه وتعين الآخر للأمانة ، . . ولو هلكا جميعاً بعد القبض ، فلا يخلو إما أن هلكا على التعاقب وإما أن هلكا معاً . فإن هلكا على التعاقب ، فالأول يهلك مبيعاً والآخر أمانة لما ذكرنا . وإن هلكا معاً ، لزمه ثمن نصف واحد كل منهما لأنه ليس أحدهما بالتعيين أولى من الآخر فشاع المبيع فيهما جميعاً . . ولو تعيب أحدهما ، فإن كان قبل القبض لا يتعين المعيب للبيع ، لأن التعيين لم يوجد لا نصاً ولا دلالة ولا ضرورة إلى التعيين أيضاً لإمكان الرد . والمشترى على خياره ، إن شاء أخذ المعيب منهما ، وإن شاء أخذ الآخر ، وإن شاء تركهما كما لو لم يتعيب أصلا . فإن أخذ المعيب منهما أخذه بجميع ثمنه ، لأنه تبين أنه هو المبيع من الأصل . وكذلك لو تعيبا جميعا ، فالمشترى على خياره لما قلنا . وأن كان بعد القبض ،

تعين المعيب للبيع ولزمه ثمنه وتعين الآخر للأمانة ، كما إذا هلك أحدهما بعد القبض ، لأن تعيب المبيع هلاك بعضه ، فلهذا منع الرد ولزم البيع فى المبيع المعين ، فكذلك فى غير المعين يمنع الرد وتعين المبيع . ولو تعيبا جميعا ، فإن كان على التعاقب، تعين الأول للبيع ولزمه ثمنه ، ويرد الآخر لما قلنا ولا يغرم بحدوث العيب شيئا لما قلنا إنه أمانة . وإن تعيبا معا لا يتعين أحدهما للبيع لأنه ليس أحدهما بالتعيين أولى من الآخر ، وللمشترى أن يأخذ أيهما شاء بثمنه ، لأنه إذا لم يتعين أحدهما للبيع بقى المشترى على خياره، إلا أنه ليس له أن يردهما جميعا لأن البيع قد لزم فى أحدهما بتعيبهما فى يد المشترى وبطل خيار الشرط . وهذا يؤيد قول من يقول من المشايخ إن هذا البيع فيه خياران ، خيار التعيين وخيار الشرط . ولا بد له من رتبة معلومة إذ لو لم يكن ، لملك ردهما جميعا كما لو لم يتعيب أحدهما أصلا . لكنه لم يملك ، لأن ردهما جميعا قبل التعييب ثبت حكما لخيار الشرط ، وقد بطل خيار الشرط بعد تعيبهما معا فلم يملك ردهما ، وبقى خيار التعيين فيملك رد أحدهما » (البدائع ٥ ص ٢٦١-ص ٢٦٢)

وجاء فى فتح القدير : « ثم اختلف المشايخ فى أنه هل شرط جواز هذا البيع ، أعنى البيع الذى فيه خيار التعيين ، أن يكون فيه خيار الشرط كما قدمناه فى الصورة ؟ قيل نعم كما هو المذكور فى الجامع الصغير تصويراً على ما ذكرناه . . . وقيل لا يشترط فى الجامع الكبير وغيره . . . وصححه فخر الإسلام فقال الصحيح عندنا أنه ليس بشرط ، وهو قول أبى شجاع. وجه الاشتراط، وهو قول الكرخى ،أن القياس يأبى جواز هذا العقد لجهالة المبيع وقت لزوم العقد ، وإنما جاز استحسانا بموضع السنة وهو شرط الخيار ، فلا يصح بدونه . ولا يخفى ضعف هذا الكلام ، فانه يقتضى ان شرط الالحاق بالدلالة ان يكون فى محل الصورة الملحقة الصورة الثابتة بالعبارة ، وكان يلزم ألا يصح البيع بخيار النقد إلا فى بيع خيار الشرط ، لأن صحة البيع على إنه أن لم ينقد الثمن إلى ثلاثة أيام فلا بيع ، مما أثبت بدلالة نص خيار الشرط ، ولا يعلم

ذلك . غير أنهما إن تراضيا على خيار الشرط مع خيار التعيين ثبت حكمه ، وهو جواز أن يرد كلا من الثوبين إلى ثلاثة أيام ولو بعد تعيين الثوب الذى فيه البيع . لأن حاصل التعيين فى هذا البيع الذى فيه شرط الخيار أنه عين المبيع الذى فيه الخيار ، لا أنه يسقط خياره ، ولو رد أحدهما كان بخيار التعيين ويثبت البيع فى الآخر بشرط الخيار . ولو مضت الثلاثة قبل رد شىء و تعيينه ، بطل خيار الشرط ، وانبرم البيع فى أحدهما وعليه أن يعين . ولو مات المشترى قبل الثلاثة ، تم بيع أحدهما وعلى الوارث التعيين ، لأن خيار الشرط لا يورث والتعيين ينتقل إلى الوارث لتميز ملكه من ملك غيره . . . وإن لم يتراضيا على خيار الشرط معه ، لابد من توقيت خيار التعيين بالثلاثة عند أبى حنيفة كما فى خيار الشرط لأنه أصله ، وعندهما أى مدة تراضياً عليها بعد كونها معلومة ، (فتح القدير ٥ ص ١٣١ — ١٣٢) .

وجاء فى الحطاب : « وان اشترى أحد ثوبين وقبضهما ليختار فادعى ضياعهما ضمن واحدا بالثمن ولو سأل فى إقباضهما ، او ضياع واحد ضمن نصفه وله اختيار الباقى . . قوله وقبضهما ليختار ، أى وقبضهما معاً ليختار واحداً منهما ، إن شاء أخذه ، وإن شاء رده ، وإن شاء ردهما معاً . قال فى التوضيح وليس له أن يتمسك إلا بواحد منهما ، فإن ضاعا فى هذه الصورة ، فإنه يضمن واحدا بالثمن ولا ضمان عليه فى الآخر ، قاله المصنف وغيره . قال فى الجواهر وسواء كان الخيار له أو للبائع ، لأنه قادر إذا كان الخيار له على ان يقبل أو يرد ، وله القبول فى مقامه وتلفه ، كانت قيمته أقل من الثمن أو أكثر . وكذلك إن كان الخيار للبائع ، فإله المشترى يضمنه بالثمن لكون البائع سلمه له على أن عوضه الثمن الذى اتفقا عليه ، فإن كانت القيمة أكثر من الثمن حلف المشترى على الضياع ودفع الثمن اه . . وقوله ولو سأل فى إقباضهما مبالغة ، وأشار بلو إلى قول ابن القاسم الذى يفرق فيه بين أن يتطوع البائع بالدفع فيضمن واحداً وبين أن يسأل المشترى تسليمها له فيضمنهما ، نقله فى التوضيح . وأما قوله أو ضياع واحد ضمن نصفه وله اختيار

الباقى ، فيعنى به أن ماتقدم ذكره هو حكم ما إذا ضاع الثوبان معا ، وأما إذا ضاع أحدهما فالحكم فى ذلك أنه يضمن نصف ثمن التالف وهو فى الثوب الباقى مخير إن شاء اخذه بالثمن او رده. قال الرجراجى : واما ان ادعى ضياع أحدهما ، فلا يخلو ضياعه من ثلاثة أوجه ، إما أن يختار الذى ضاع أو الذى بقى أو أبهم الأمر . فإن كان الذى ضاع هو الذى اختاره المشترى ، فأنه يرد الباقى وقيمة التالف . وإن كان الباقى هو الذى اختاره ، فأنه يغرم ثمنه ، ولا ضمان عليه للتالف لأنه فيه أمين . . إذا مضت أيام الخيار ولم يختر ، ثم أراد بعد ذلك الاختيار ، فإن كان بعيداً من أيام الخيار فليس له ذلك ، وإن قرب ذلك فذلك له . . قال أبو الحسن يعنى بالقرب اليوم واليومين والبعد ثلاثة أيام من أمد الخيار » (الحطاب ٤ ص ٤٢٣ — ٤٢٥) .

وأما فى مذهب الشافعى ، فخيار التعيين غير جائز للغرر . جاء فى المهذب (جزء أول ص٢٦٣) : « يجوز بيع عين مجهولة كبيع عبد من عبيد وثوب من أثواب ، لأن ذلك غرر من غير حاجة . ويجوز أن يبيع قفيزاً من صبرة ، لأن إذا عرف الصبرة عرف القفيز منها ، فزال الغرر » .(١)

المطلب الثالث

خيار الرؤية

اختلاف المذاهب :

فى خيار الرؤية تختلف المذاهب اختلافا بينا . ففى المذهب الحنفى وحده يظهر فى وضوح أن خيار الرؤية يثبت فى العقد دون شرط ، وأن العقد

---

(١) ويستخلص مما تقدم من النصوص أن البيع يلزم اذا مات من له الخيار فيلزم الورثة ان يعينوا البيع ، واذا تعيب الشيئان معا فى يد المشترى فيلزم البيع وعليه ان يعين المبيع من الشيئين ، واذا انقضت مدة الخيار دون ان يختار فى المذهب الحنفى فينبرم البيع وعليه أن يعين المبيع . ولم يرد فى النصوص حكم ما اذا امتنع عن تعيين المبيع فى هذه الاحوال الثلاثة ، وهى مسألة عولجت فى الفقه الغربى فى خصوص الالتزام التخييرى وهو مايقابل خيار التعيين فى الفقه الاسلامى .

يكون غير لازم بسبب هذا الخيار . أما المذاهب الثلاثة الأخرى ، فالأمر فيها ليس على هذا القدر من الوضوح .

فنبحث أولا خيار الرؤية فى المذهب الحنفى ، ثم نبحثه فى المذاهب الأخرى .

§ ١ — خيار الرؤية فى المذهب الحنفى

متى يثبت خيار الرؤية :

يذهب الفقه الحنفى إلى أن هناك عقودا تقع على الأعيان المعينة وتكون غير لازمة لأحد العاقدين ، لأن هذا العاقد لم تسبق له رؤية العين محل العقد ، فيكون له خيار الرؤية . حتى إذا رأى العين المعقود عليها كان له أن يمضى العقد أو أن يفسخه . ويستند الفقه الحنفى فى ذلك إلى ما روى عن النبى عليه السلام أنه قال : من اشترى شيئا لم يره ، فهو بالخيار إذا رآه .

ويثبت خيار الرؤية — كما يثبت خيار العيب — شرعا لا شرطا ، أى يثبت بحكم الشرع دون حاجة إلى شرط خاص يدرج فى العقد . وهذا بخلاف خيار الشرط وخيار التعيين ، فقد رأينا أن هذين الخيارين لا بد فى ثبوتهما من شرط خاص إذا انعدم لم يقم الخيار .

ويثبت خيار الرؤية فى عقود أربعة : عقد البيع إذا كان المبيع عينا معينة بالذات ، وأجارة الأعيان ، وقسمة غير المثليات ، والصلح على مال هو عين بالذات . وهذه كلها عقود تحتمل الفسخ ، ولا يثبت خيار الرؤية فى العقود التى لا تحتمل الفسخ كالمهر وبدل الخلع والصلح عن دم العمد . وقد جاء فى المادة ٣٣٩ من مرشد الحيران : « حق فسخ العقد بخيار الرؤية يثبت من غير شرط فى أربعة مواضع ، وهى الشراء للأعيان التى يلزم تعيينها ولا تثبت دينا فى الذمة ، والإجارة ، وقسمة غير المثليات ، والصلح عن مال على شىء بعينه . ولا يثبت خيار الرؤية فى العقود التى لا تحتمل الفسخ » .

ونرى من ذلك أن هناك شرطين لثبوت خيار الرؤية :

أولا — أن يكون المحل المعقود عليه مما يتعين بالتعيين ، فلو تبايع العاقدان عينا بعين ، ثبت الخيار لكل واحد منهما . ويقول الكاسانى فى تعليل ذلك : « وإنما كان كذلك لأن المبيع إذا كان مما لا يتعين بالتعيين ، لا ينفسخ العقد برده ، لأنه إذا لم يتعين للعقد لا يتعين للفسخ . فيبقى العقد ، وقيام العقد يقتضى ثبوت حق المطالبة بمثله ، فإذا قبض برده وهكذا إلى ما لا نهاية له ، فلم يكن الرد مفيدا . بخلاف ما إذا كان عينا ، لأن العقد ينفسخ برده ، لأنه يتعين بالعقد فيتعين فى الفسخ أيضا ، فكان الرد مفيدا . ولأن الفسخ إنما يرد على المملوك بالعقد ، وما لا يتعين بالتعيين لا يملك بالعقد وإنما يملك بالقبض ، فلا يرد عليه الفسخ. ولهذا يثبت خيار الرؤية فى الأجارة والصلح عن دعوى المال والقسمة ونحو ذلك ، لأن هذه العقود تنفسخ برد هذه الأشياء ، فيثبت فيها خيار الرؤية .ولا يثبت فى المهر وبدل الخلع والصلح عن دم العمد ونحو ذلك ، لأن هذه العقود لا تحتمل الانفساخ برد هذه الأموال فصار الأصل أن كل ما ينفسخ العقد فيه برده يثبت فيه خيار الرؤية ، وما لا فلا ، والفقه ما ذكرنا والله عز وجل أعلم» (البدائع ٥ ص ٢٩٢)

هذا ومن باع ما لم يره ، بأن ورث مثلا عينا فى بلد بعيد فلم يتمكن من رؤيتها قبل بيعها ، فليس له خيار الرؤية . وكان أبو حنيفة يقول أولا له الخيار اعتبارا بخيار العيب ، ولأن لزوم العقد بتمام الرضا زوالا وثبوتا ولا يتحقق ذلك إلا بالعلم بأوصاف المبيع وذلك بالرؤية ، فلم يكن البائع راضيا بالزوال قبل الرؤية . ثم رجع أبو حنيفة عن هذا القول ، ولم يجعل للبائع خيار الرؤية فيما لم يره . وجاء فى فتح القدير لهذا الرجوع وجهان : «أحدهما أنه معلق بالشراء لما روينا فلا يثبت دونه ، ولا يخفى أنه نفى للحكم بمفهوم الشرط إذ حاصله انتفاء الحكم بانتفاء الشرط . والثانى ما أخرجه الطحاوى ثم البيهقى عن علقمة بن أبى وقاص أن طلحه رضى الله عنه اشترى من عثمان بن عفان رضى الله عنه مالا ، فقيل لعثمان إنك قد غبنت ، فقال عثمان لى الخيار لأنى بعت ما لم أره . وقال طلحة رضى الله عنه لى الخيار لأنى اشتريت ما لم أره . فحكما بينهما جبير بن مطعم رضى الله عنهم ، فقضى أن الخيار لطلحة ولا خيار لعثمان . والظاهر أن مثل

هذا يكون بمحضر من الصحابة رضى الله عنهم، لأن قضية يجرى فيها التخالف بين رجلين كبيرين ثم إنهما حكمافيها غيرهما، فالغالب على الظن شهرتها وانتشار خبرها ، فحين حكم خبير بذلك ولم يرو عن أحد خلافه كان إجماعاً سكوتياً ظاهرا » (فتح القدير ٥ ص ١٤٠ — ص ١٤١) . ثم إن قياس البائع على المشترى، ليجعل له خيار الرؤية فيما لم يره قبل البيع، قياس مع الفارق، ويقول الكاسا فى هذا المعنى ما يأتى : والاعتبار بجانب المشترى ليس بسديد ، لأن مشترى ما لم يره مشترعلى أنه خير مما ظنه ، فيكون بمنزلة مشترى شىء على أنه جيد فإذا هو ردىء ، ومن اشترى شيئاً على أنه جيد فإذا هو ردىء فله الخيار. وبائع شىء لم يره يبيع على أنه أدون مما ظنه ، فكان بمنزلة بائع شىء على أنه ردىء فإذا هو جيد، ومن باع شيئا على أنه ردىء فإذا هو جيد لا خيار للبائع، فلهذا افترقا » (البدائع ٥ ص ٢٩٢) . ولكن يبدو أن الفرق ما بين البائع والمشترى فى هذا الصدد ليس فى ظن كل منهما أن المبيع جيد أو ردىء ثم يتبين خطأ هذا الظن ، ففى الحالتين وقع كل من المشترى والبائع فى غلط يبرر فسخ العقد . وإنما الفرق هو أن البائع أكثر من المشترى تمكنا من رؤية المبيع لأن المبيع يكون عادة فى يده ، وإن لم يكن فى يده فمن اليسير عليه أن يراه قبل أن يبيعه ، فإذا لم يفعل كان مقصراً وكان الغلط الذى عسى أن يقع فيه غلطا غير مغتفر .

ثانياً — أن تكون العين التى بيعت لم يرها المشترى عند البيع ، فإن اشتراها وهو يراها ، كما يقع ذلك كثيراً ، فلا خيار له . وإذا كان المشترى لم ير المبيع وقت الشراء، ولكن كان قد رآه قبل ذلك، فإن كان المبيع وقت الشراء على حاله التى كان عليها لم يتغير فلا خيار له ، وإن كان قد تغير عن حاله فله الخيار ، لأنه إذا تغير عن حاله فقد صار شيئا آخر فكان مشتريا شيئا لم يره فله الخيار إذا رآه .

ثم إن خيار الرؤية ليس موقتا بوقت ، خلافا لما ذهب إليه بعض الفقهاء من أنه موقت بعد الرؤية بقدر ما يتمكن فيه من الفسخ، فإذا تمكن من الفسخ

بعد الرؤية فلم يفسخ بطل خياره ، ولزم البيع فيه . والمختار أنه لا يتوقت ، بل يبقى إلى أن يوجد ما يسقطه (فتح القدير ٥ ص ١٤١) . وسنرى فيما يلي مسقطات الرؤية .

ووقت ثبوت الخيار هو وقت الرؤية لا قبلها ، حتى لو أجاز قبل الرؤية ورضى بالمبيع صراحة ، بأن قال أجزت أو رضيت أو مايجرى هذا المجرى ، ثم رأى المبيع بعد ذلك ، فله أن يرده . لأن نزوله عن الخيار قبل أن يثبت له لا يعتد به ، لأن المعقود عليه قبل الرؤية مجهول الوصف ، والرضا بالشيء قبل العلم به والعلم بوجود سببه محال ، فكان ملحقا بالعدم . وأما الفسخ قبل الرؤية ، فقد اختلف المشايخ فيه كما يقول الكاسانى : « قال بعضهم لا يجوز لأنه لا خيار قبل الرؤية ، ولهذا لم تجز الإجازه فلا يجوز الفسخ ، وقال بعضهم يجوز ، وهو الصحيح ، لأن هذا عقد غير لازم فكان محل الفسخ ، كالعقد الذى فيه خيار العيب وعقد الأجارة والإيداع . وقد خرج الجواب عن قولهم إنه لا خيار قبل الرؤية ، لأن ملك الفسخ لم يثبت حكما للخيار ، وإنما يثبت حكمه لعدم لزوم العقد » (البدائع ٥ ص ٢٩٥) .

حكم العقد حال قيام الخيار :

والعقد ، حال قيام خيار الرؤية ، غير لازم . فللمشترى الرجوع عنه وفسخه بعد الرؤية ، بل وقبلها كما سبق القول . أما البائع فقد قدمنا أنه لا خيار له ، فالعقد يكون لازما من جانبه .

وخيار الرؤية يمنع من تمام حكم العقد . فلا يتم حكم البيع إلا إذا رأى المشترى البيع ولم يرده . جاء فى فتح القدير : « باب خيار الرؤية ، قدمه على خيار العيب لأنه يمنع تمام الحكم وذلك يمنع لزوم الحكم ، واللازم بعد التمام » (فتح القدير ٥ ص ١٣٧) . وجاء فى البدائع « إن شراء مالم يره المشترى غير لازم ، لأن عدم الرؤية يمنع تمام الصفقة » (البدائع ٥ ص ٢٩٢) . فخيار الرؤية لا يمنع انعقاد العقد صحيحا ، بل ولا يمنع نفاذه . فيثبت الملك للمشترى

فى المبيع ، ويثبت الملك للبائع فى الثمن ، بالرغم من قيام خيار الرؤية . والذى يبدو من عبارات الفقهاء فى هذا الصدد أنهم يفرقون بين انعقاد العقد وثبوت حكمه ، فقد ينعقد العقد ولا يثبت حكمه ، ويكون المانع من ثبوت الحكم قيام خيار فى العقد . والخيار إما أن يمنع نفاذ الحكم ، وإما أن يمنع تمام الحكم ، وإما أن يمنع لزوم الحكم . فالخيار الذى يمنع نفاذ الحكم هو خيار الشرط ، إذ لا ينتقل الملك ممن له الخيار . والخيار الذى يمنع تمام الحكم هو خيار الرؤية ، إذ يثبت الحكم على وجه غير بات ولا يكون باتا ألا بعدم رد المشترى للمبيع بعد رؤيته . والخيار الذى يمنع لزوم الحكم هو خياو العيب ، إذ يثبت الحكم باتا غير لازم فيجوز فسخ العقد بالعيب . وقد رأينا فى فتح القدير مقارنة بين خيار الرؤية وهو يمنع تمام الحكم ، وخيار العيب وهو يمنع لزوم الحكم . وهذه مقارنة أخرى بين خيار الرؤية وهو لا يمنع من انتقال الملك فى المال ، وخيار الشرط وهو يمنع من انتقال الملك بالمنع من الانعقاد فى حق الحكم ، إذ يقول الكاسانى : « وأما حكمه (حكم خيار الرؤية) فحكم البيع الذى لاخيار فيه . وهو ثبوت الملك للمشترى فى المبيع وثبوت الملك للبائع فى الثمن للحال ، لأن ركن البيع صدر مطلقا عن شرط ، وكان ينبغى أن يلزم . إلا أنه يثبت الخيار شرعا لاشرطا ، بخلاف البيع بشرط الخيار ، لأن الخيار ثبت بنص كلام العاقدين ، فأثر فى الركن بالمنع من الانعقاد فى حق الحكم » (البدائع ٥ ص ٢٩٢) .

وقد قدمنا فى الجزء الثانى من مصادر الحق فى الفقه الإسلامى (ص١٣٢ — ص١٣٥) أن عدم لزوم العقد فى خيار الرؤية يقوم فى أساسه على فكرة الغلط ، إذ يفترض أن المشترى لم يجد المبيع على الحال التى ظنها ، بل وجده على حال لا يصلح معها للغرض المقصود . فأساس خيار الرؤية هو غلط المشترى فى شىء لم تسبق له رؤيته . ومما يقطع فى أن خيار الرؤية سببه اختلال الأرادة لما شابها من الغلط ماجاء فى البدائع (جزء ٥ ص ٢٩٢) : « إن شراء مالم

يره المشترى غير لازم . . . لأن جهالة الوصف تؤثر فى الرضا فتوجب خللا فيه ، واختلال الرضا فى البيع يوجب الخيار . ولأن من الجائز إعتراض الندم لما عسى لا يصلح له إذا رآه فيحتاج إلى التدارك ، فيثبت الخيار لإمكان التدارك عند الندم نظراً له ، كما ثبت خيار الرجعة شرعا نظراً للزوج تمكينا له من التدارك عند الندم » . ولم نفترض فحسب أن المشترى يرد المبيع بعد رؤيته بسبب الغلط ، بل افترضنا أيضاً أن هذا الغلط ثابت إذ صدقنا المشترى بدعواه دون أن نلزمه إقامه البينة ، بل دون يمين . فكأن البائع ، إذا باع شيئاً لم يره المشترى ، يكون قد احتكم إلى ذمة المشترى من غير يمين . والغلط الذى وقع فيه المشترى والذى ثبت له من أجله الخيار هو غلط مغتفر ، لأن المشترى قد لا يتمكن من رؤية الشىء قبل الشراء . أما الغلط الذى قد يقع فيه البائع إذا باع العين قبل رؤيتها فهو غلط غير مغتفر ، لأنه يتمكن عادة من رؤية العين التى يبيعها قبل البيع ، فلا خيار له كما سبق القول .

ولما كان العقد غير لازم للمشترى لخيار الرؤية ، وكان له أن يفسخه ، فإن الفسخ هنا ، كما فى خيار الشرط وفى خيار التعيين ، لا يتوقف على رضاء أو قضاء . ويكون بالقول وبالفعل ، صراحة أو دلالة ، على الوجه الذى أشرنا اليه فى الخيارين المتقدمين . فإذا قال المشترى رددت البيع أو فسخته أو مايجرى هذا المجرى ، بعد الرؤية أو قبلها ، قبل القبض أو بعده ، انفسخ العقد دون حاجة إلى رضاء البائع بالفسخ ودون حاجة إلى رفع الأمر إلى القضاء . ولكن يشترط علم للبائع بالفسخ عند أبى حنيفة ومحمد ، ولا يشترط هذا العلم عند أبى يوسف . جاء فى فتح القدير : « ولا يتوقف الفسخ على قضاء ولا رضا ، بل بمجرد قوله رددت ينفسخ قبل القبض وبعده ، لكن بشرط علم البائع عند أبى حنيفة ومحمد ، خلافا لأبى يوسف ، كما هو خلافهم فى الفسخ فى خيار الشرط (فتح القدير ٥ ص ١٤٠) .

ما يسقط به خيار الرؤية :

يسقط خيار الرؤية برؤية المشترى العين المبيعة ورضائه بها ، وهذا هو الوجه المألوف فى سقوط الخيار . وقد يسقط أيضا بموت المشترى ، أو بتغير العين ، أو بتصرف المشترى فيها . فهذه أسباب أربعة لسقوط خيار الرؤية ، فنستعرضها تباعا :

(١) أما سقوط الخيار برؤية العين المبيعة والرضاء بها فيتم ذلك بأن يرى المشترى العين التى لم تسبق له رؤيتها ، فيرضى بها صراحة أو دلالة .

ولا تلزم رؤية جميع أجزاء المبيع ، بل يكتفى برؤية مايدل على العلم بالمقصود من العين المبيعة .(١)

---

(١) وقد جاء فى الهداية : « ومن نظر الى وجه الصبرة او الى ظاهر الثوب مطويا أو الى وجه الجارية او الى وجه الدابة وكفلها فلا خيار له . والاصل فى هذا أن رؤية جميع المبيع غير مشروط لتعذره ، فيكتفى برؤية مايدل على العلم بالمقصود ، ولو دخل فى البيع أشياء ، فان كانت لاتتفاوت احادها كالمكيل والموزون ، وعلامته أن يعرض بالنموذج ، يكتفى برؤية واحد منها ، الا اذا كان الباقى اردا مما راى فحينئذ يكون له الخيار . وان كانت تتفاوت احادها كالثياب والدواب ، لابد من رؤية كل واحد منها .. اذا ثبت هذا فنقول النظر الى وجه الصبرة كاف ، لانه يعرف وصف البقية لانه مكيل يعرض بالنموذج . وكذا النظر الى ظاهر الثوب مما يعلم به البقية ، الا اذا كان فى طيه مليكون مقصودا كموضع العلم .
والوجه هو المقصود فى الآدمى ، وهو والكفل فى الدواب ، فيعتبر رؤية المقصود ولا يعتبر رؤية غيره .. وفى شاة اللحم لابد من الجس ، لان المقصود وهو اللحم يعرف به . وفى شاة القنية ، لابد من رؤية الضرع . وفيما يطعم لابد من الذوق ، لان ذلك هو المعرف للمقصود . قال وان راى صحن الدار فلا خيار له ، وان لم يشاهد بيوتها ، وكذلك اذا راى خارج الدار او راى أشجار البستان من خارج ، وعند زفر لابد من دخول داخل البيوت . والاصح أن جواب الكتاب على وفاق عادتهم فى الابنية ، فان دورهم لم تكن متفاوتة يومئذ ، فأما اليوم فلابد من الدخول فى داخل الدار للتفاوت ، والنظر الى الظاهر لايوقع العلم بالداخل . قال ونظر الوكيل كنظر المشترى حتى لايرده الا من عيب ، ولا يكون نظر الرسول كنظر المشترى ، وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله ، وقالا هما سواء وله ان يرده . قال معناه

=

فإذا تمت رؤية المبيع على الوجه المتقدم ، جاز للمشترى إمضاء البيع برضائه بالمبيع صراحة أو دلالة، (١) كما جاز له فسخه. والفسخ يثبت له منذ البداية ، حتى قبل الرؤية على الرأى الصحيح كما قدمنا .

= الوكيل بالقبض ، فاما الوكيل بالشراء فرؤيته تسقط الخيار بالاجماع .. قال وبيع الاعمى وشراؤه جائز . وله الخيار اذا اشترى لانه اشترى مالم يره .. ثم يسقط خياره بجسه المبيع اذا كان يعرف بالجس ، ويشمه اذا كان يعرف بالشم ، وبذوقه اذا كان يعرف بالذوق ، كما فى البصير . ولا يسقط خياره فى العقار حتى يوصف له ، لان الوصف يقوم مقام الرؤية كما فى السلم .. وقال الحسن يوكل وكيلا بقبضه ، وهو يراه ، وهذا اشبه بقول ابى حنيفة لان رؤية الوكيل كرؤية الموكل على مامر آنفا . قال ومن راى احد الثوبين فاشتراهما ، ثم راى الاخر ، جاز له ان يردهما ، لان رؤية احدهما لاتكون رؤية الآخر للتفاوت فى الثياب ، فبقى الخيار فيما لم يره ، ثم لايرده وحده بل يردهما كى لايكون تفريقا قبل التمام ، وهذا لان الصفقة لاتتم مع خيار الرؤية قبل القبض وبعده ، ولهذا يتمكن من الرد بغير قضاء ولارضا ويكون فسخا من الاصل » (فتح القديرة ٥ ص ١٤٢ — ص ١٤٨)

(٢) جاء فى البدائع : « أما الصريح وما فى معناه فنحو ان يقول اجزت البيع او رضيت او اخترت او مايجرى هذا المجرى ، سواء علم البائع بالاجازة او لم يعلم ، لان الاصل فى البيع المطلق هو اللزوم ، والامتناع لخلل فى الرضا ، فاذا أجاز ورضى فقد زال المانع فيلزم . واما الدلالة فهو ان يوجد من المشترى تصرف فى المبيع بعد الرؤية يدل على الاجازة والرضا ، نحو ما اذا قبضه بعد الرؤية ، لان القبض بعد الرؤية دليل الرضا بلزوم البيع ، لان للقبض شبها بالعقد ، فكان القبض بعد الرؤية وذاك دليل الرضا ، كذا هذا » (البدائع ٥ ص ٢٩٥) .

هذا واذا جاز أن يسقط خيار الرؤية دلالة عن طريق امضاء البيع فيسقط الخيار بطريق الضرورة ، فانه لايجوز فيه صريح الاسقاط مقصودا لانه ثبت حقا لله تعالى فالعبد لايملك التصرف فيه مقصودا بل ضمن التصرف فى حق نفسه . وهذا بخلاف خيار الشرط وخيار العيب ، فانهما ثبتا حقا للعبد ، فيجوز اسقاطهما اسقاطا مقصودا. جاء فى البدائع: «والاصل ان كل مايبطل خيار الشرط والعيب يبطل خيار الرؤية . الا ان خيار الشرط والعيب يسقط بصريح الاسقاط ، وخيار الؤية لايسقط بصريح الاسقاط ، لاقبل الرؤية ولا بعدها . أما قبلها ، فلما ذكرنا فيما تقدم أنه لاخيار قبل الرؤية لان اوان ثبوت الخيار هو أوان الرؤية ، فقبل الرؤية ، فلان الخيار ما ثبت باشتراط العاقدين لان ركن العقد مطلق عن الشرط نصا ودلالة ، وانما يثبت شرعا لحكمة فيه فكان ثابتا حقا لله تعالى . واما خيار الشرط والعيب فثبت باشتراط العاقدين : أما خيار الشرط

وقد سبق القول إن المختار فى المذهب الحنفى أن خيار الرؤية لايتوقت ، بل يبقى إلى أن يوجد ما يسقطه . فليس هناك وقت معلوم يجب أن يستعمل فيه المشترى خياره فى الإمضاء أو فى الرد ، ومادام ساكتا فخياره قائم إلى أن يصدر منه مايدل على الإمضاء أو الرد ، وعند ذلك يسقط خياره ويصبح البيع لازما فى حالة الإمضاء ويبطل فى حالة الرد . وهناك قول ، أشرنا إليه فيما تقدم ، يذهب إلى أن خيار الرؤية موقت بعد الرؤية بقدر مايتمكن به المشترى من الفسخ ، فإذا تمكن من الفسخ بعد الرؤية فلم يفسخ ، سقط خياره ، ولزم البيع .

(٢) ويسقط الخيار أيضا بموت المشترى قبل أن يختار ، فيلزم البيع بموته . ولا ينتقل الخيار إلى ورثته ، لأن الرؤية كخيار الشرط لايورث . أما خيار التعيين فقد رأينا أنه يورث ، ومثله خيار العيب .

(٣) ويسقط الخيار أيضا بهلاك بعض المبيع أو تعيبه أو تغيره قبل أن يختار المشترى . جاء فى البدائع : « وكذا إذا هلك بعضه أو انتقص بأن

= فظاهر لانه منصوص عليه فى العقد ، واما خيار العيب فلان السلامة مشروطة فى العقد دلالة والثابت بدلالة النص كالثابت بصريح النص . فكان ثابتا حقا للعبد ، وما ثبت حقا للعبد يحتمل السقوط باسقاطه مقصودا ، لان الانسان يملك التصرف فى حق نفسه مقصودا استيفاء واسقاطا . فأما ماثبت حقا لله تعالى فالعبد لايملك التصرف فيه اسقاطا مقصودا ، لانه لايملك التصرف فى حق غيره مقصودا ، لكنه يحتمل السقوط بطريق الضرورة بأن يتصرف فى حق نفسه مقصودا ويتضمن ذلك سقوط حق الشرع ، فيسقط حق الشرع فى ضمن التصرف فى حق نفسه ، كما اذا اجاز المشترى البيع ورضى به بعد الرؤية نصا او دلالة بمباشرة تصرف يدل على الرضا والاجازة . لانه وان ثبت حقا للشرع لكن الشرع اثبته نظرا للعبد ، حتى اذا رآه وصلح له اجازه ، وان لم يصلح له رده ، اذ الخيار هو التخيير بين الفسخ والاجازة . فكان المشترى بالاجازة والرضا متصرفا فى حق نفسه مقصودا ، ثم من ضرورة الاجازة لزوم العقد ، ومن ضرورة لزوم العقد سقوط الخيار . فكأن سقوط الخيار من طريق الضرورة لا بالاسقاط مقصودا ، ويجوز أن يثبت الشىء بطريق الضرورة وان كان لايثبت مقصودا ، كالوكيل بالبيع اذا عزله الموكل ولم يعلم به فانه لاينعزل ولو باع الموكل بنفسه ينعزل الوكيل ، كذا هنا » (البدائع ٥ ص ٢٩٧) .

تعيب بآفة سماوية أو بفعل أجنبي أو بفعل البائع عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله ، أو ازداد فى يد المشترى زيادة منفصلة متولدة أو غير متولدة ، على التفصيل والاتفاق والاختلاف الذى ذكرنا فى خيار الشرط والعيب . والأصل أن كل مايبطل خيار الشرط والعيب يبطل خيار الرؤية » (البدائع ٥ ص ٢٩٦ — ص ٢٩٧) . وسيأتى بيان ذلك عند الكلام فى خيار العيب .

(٤) ويسقط الخيار أخيرا بتصرف المشترى فى المبيع . وهنا يجب التمييز بين ما إذا كان التصرف صادراً قبل رؤية المشترى للمبيع أو بعد الرؤية . فإن كان صادراً قبل رؤيته ، وكان التصرف لايمكن رفعه كالإعتاق والتدبير ، أو كان لازما يوجب حقا للغير كالبيع والهبة مع التسليم والرهن والإجارة ، سقط خيار الرؤية . ذلك أن تعذر فسخ هذه التصرفات يوجب لزوم البيع ، لأن الفسخ إذا تعذر لم يكن فى بقاء الخيار فائدة فيسقط . ويبقى الخيار ساقطا حتى لو نقضت هذه التصرفات اللازمة ، كما لو باع أورهن أو اجر ثم رد عليه بعيب او افتك الرهن او انقضت مدة الإجارة ، فخيار الرؤية لايعود بعد ان سقط ، إذ الساقط لايعود إلا بسبب جديد . اما إذا كان التصرف الصادر من المشترى قبل الرؤية تصرفا غير لازم ، كما لو باع بشرط الخيار او عرض للبيع او وهب ولم يسلم او كان المبيع داراً فبيعت دار بجنبها فأخذها بالشفعة ، لم يسقط خيار الرؤية ، لأن هذه التصرفات يمكن للمشترى الرجوع فيها ولا يتعذر فسخها ، وكل ماتدل عليه هو الرضا ، والخيار قبل الرؤية لايسقط بصريح الرضا فبدلالة الرضا أولى ألا يسقط .

بقيت التصرفات الصادرة من المشترى بعد الرؤية ، فهذه سواء كان يمكن رفعها أولا يمكن ، تعذر فسخها أو لم يتعذر ، فإنها تسقط خيار الرؤية . إذ أقل ماتدل عليه الرضا ، والخيار بعد الرؤية يسقط بالرضا صراحة أودلالة.(١)

---

(١) وقد جاء فى فتح القدير : « ثم ان كان تصرفا لايمكن رفعه للمتصرف ، كالاعتاق للعبد الذى اشتراه ولم يره وتدبيره ، او تصرفا يوجب حقا للغير كالبيع ولو بشرط الخيار للمشترى لخلوص الحق فيه للمشترى . .

§ ٢ — خيار الرؤية المذاهب الثلاثة الأخرى

مذهب مالك :

العين المبيعة ، إذا كانت حاضرة فى مجلس العقد ولم يكن فى رؤيتها مشقة، يجب ان يراها المشترى ليصح العقد . فإذا اشتراها بعد رؤيتها ، انعقد البيع صحيحا نافذاً لازماً ولا خيار فيه للرؤية . وإذا اشتراها دون ان يراها ، لم يصح البيع . وهذا هو الحكم ايضا اذا كانت العين قريبة جدا من مجلس العقد بحيث تمكن رؤيتها دون مشقة .

أما اذا كانت العين غائبة عن مجلس العقد ، أو كانت حاضرة ولكن فى رؤيتها مشقة كثوب يخشى ان يلحقه الفساد من تكرار النشر عليه ، جاز بيعها على الصفة اذا لم تكن العين بعيدة جداً . فتوصف وصفا يميزها عن غيرها ، ويفردها بذاتيتها . فإذا بيعت العين على هذا النحو ، انعقد البيع نافذا ، ولبس للمشترى خيار الرؤية ، ولكن له خيار الوصف إن كانت

= وكالهبة مع التسليم والرهن والاجارة ، يبطل خيار الرؤية ، سواء وجدت بعد الرؤية أو قبلها ، لان هذه الحقوق مانعة من الفسخ ، واذا تعذرالفسخ شرعا بطل الخيار . . وان كان تصرفا لايوجب حقا للفير ، كالبيع بشرط الخيار للبائع والمساومة وهبته بلا تسليم ، لايبطله قبل الرؤية ، لانه لو ابطل الخيار كان باعتباره دلالته على الرضا ، وصريح الرضاقبل الرؤيةلايبطل الخيار ، فبدلالته اولى . ويبطله بعد الرؤية ، لوجود دلالة الرضا . ولماكان قوله وما يبطل خيار الشرط يبطله مقيدا بالتفصيل المذكور ، سقط الاعتراض بالاخذ بالشفعة وبالعرض على البيع ، فانهما اذا وجدا من المشترى الذى له خيار الشرط يبطل خياره ، ولايبطل بهما خيار الرؤية ، بل له ان يأخذ بالشفعة ثم يرد عند الرؤية لما ذكرنا من ان دلالة الرضا لاتعمل فى اسقاط خيار الرؤية قبل الرؤية . ثم التصرف الذى تعلق فيه حق للفير ، لو عاد الى ملكه برد بقضاء أو بفك الرهن أو فسخ الاجارة قبل الرؤية ، ثم رآه لاخيار له ، لانه سقط ، فلا يعود الا بسبب جديد ، الا فى رواية عن ابى يوسف . وثبوت الخيار له بظاهر النص تقدم وجوب تخصيصه، فكانت هذه الرؤية الكائنة بعد العود من محال التخصيص » (فتح القدير ٥ ص ١٤١ — ص ١٤٢) .

العين على غير ماوصفت . ويدخل فى البيع على الوصف مايعرف بالبيع على البرنامج ، بأن تذكر اوصاف العين فى دفتر مكتوب، فيشتريها المشترى على هذه الأوصاف ، فإن وجدت لزم البيع ، وإلا كان للمشترى خيار الوصف (مصادر الحق فى الفقه الإسلامى ٢ ص ١٢٦ — ص ١٢٧) . ويغنى عن الوصف رؤية متقدمة ، بأن يكون المشترى قد سبق له أن راى العين قبل البيع وبأن تكون العين لم تتغير وقت البيع عما كانت عليه وقت الرؤية .

فإذا لم يسبق للمشترى رؤية العين ، ولم توصف على النحو المتقدم ، او وصفت ولكنها كانت بعيدة جداً ، لم يجز البيع الا اذا جعل المشترى لنفسه الخيار إذا راى المبيع . اما اذا انعقد البيع على الإلزام بأن اشترط على المشترى ألا يكون له الخيار ، او سكت العاقدان عن شرط الخيار ، فالبيع باطل .

ونرى مما تقدم أن مذهب مالك لايعرف خيار الرؤية بالمعنى الذى يعرفه المذهب الحنفى :

(ا) ففى العين الحاضرة او القريبه جدا ، وليس فى رؤيتها مشقه ، تجب الرؤية قبل البيع ، فلا يثبت للمشترى خيار الرؤية . وفى المذهب الحنفى يصح البيع ولو لم ير المشترى العين ، ويثبت له خيار الرؤية دون شرط إذا لم يكن قد رآها .

(ب) وفى العين الغائبة إذا لم تكن بعيدة جداً ، أو الحاضرة إذا كانت فى رؤيتها مشقة ، يجوز البيع على الصفة أو على البرنامج أو على رؤية متقدمة لم تتغير العين بعدها . فإذا وجدت العين على الصفة ، انعقد البيع صحيحاً نافذا لازما ، ولا يثبت للمشترى خيار الرؤية . وفى المذهب الحنفى إذا وجدت العين على الصفة إنقطع خيار الوصف ، ولكن يثبت للمشترى خيار الرؤية دون شرط بالرغم من أن العين قد جاءت على الصفة المطلوبة .

(ج) فإذا لم تسبق رؤية العين الغائبة ، ولم توصف، أو وصفت وكانت بعيدة جدا ، وجب لصحة البيع أن يشترط المشترى لنفسه خيار الرؤية ، فإن

لم يشترط هذا الخيار كان البيع باطلا . وفى المذهب الحنفى يكون البيع صحيحاً، ويكون للمشترى خيار الرؤية دون شرط ، فهو خيار ثابت شرعا ولا حاجة إلى النص عليه .

ويستخلص من ذلك أن خيار الرؤية غير معروف فى مذهب مالك ، إلا فى حالة العين الغائبة التى لم توصف أو فى حالة العين البعيدة جدا ولو وصفت ، ما دامت العين فى هاتين الحالتين لم تسبق رؤيتها ، ولا يثبت الخيار إلا بالشرط . (١)

---

(١) وهذه بعض نصوص المذهب :

جاء فى بداية المجتهد لابن رشد (جزء ٢ ص ١٢٧ - ص ١٢٨) : « المبيعات على نوعين : مبيع حاضر مرئى ، فهذا لاخلاف فى بيعه . ومبيع غائب او متعذر الرؤية ، فهنا اختلف العلماء ، فقال قوم بيع الغائب لايجوز بحال من الاحوال ، لا اذا وصف ولا اذا لم يوصف ، وهذا اشهر اقوال الشافعى ، وهو المشهور عند اصحابه ، اعنى ان بيع الغائب على الصفة لايجوز . وقال مالك واكثر اهل المدينة يجوز بيع الغائب على الصفة اذا كانت غيبته مما يؤمن ان تتغير فيه قبل القبض صفته . وقال ابو حنيفة يجوز بيع العين الغائبة من غير صفة ، ثم له اذا رآها الخيار فان شاء انفذ البيع وان شاء رده ، وكذلك البيع على الصفة من شرطه عندهم خيار الرؤية وان جاء على الصفة . وعند مالك انه اذا جاء على الصفة فهو لازم . وعند الشافعى لاينعقد البيع اصلا فى الموضعين . وقد قيل فى المذهب يجوز بيع الغائب من غير صفة على شرط الخيار خيار الرؤية ، وقع ذلك فى المدونة، وانكره عبد الوهاب وقال هو مخالف لاصولنا . وسبب الخلاف هل نقصان العلم المتعلق بالصفة عن العلم المتعلق بالحس هو جهل مؤثر فى بيع الشىء فيكون من الغرر الكثير ، ام انه ليس بمؤثر وانه من الغرر اليسير المعفو عنه . فالشافعى رآه مع الغرر الكثير ، ومالك رآه من الغرر اليسير ، واما ابو حنيفة فانه رأى انه اذا كان له خيار الرؤية انه لاغرر هناك وان لم تكن له رؤية . واما مالك فرأى ان الجهل المقترن بعدم الصفة مؤثر فى انعقاد البيع . ولا خلاف عند مالك ان الصفة انما تنوب عن المعاينة لمكان غيبة المبيع او لمكان المشقة التى فى نشره وما يخاف أن يلحقه من الفساد بتكرار النشر عليه . ولهذا أجاز البيع على البرنامج وعلى الصفة ، ولم يجز عنده بيع السلاح فى جرابه ولا الثوب المطوى فى طيه حتى ينشرا وينظر الى مافى جرابها .. ولابد عند أبى حنيفة من اشتراط الجنس . ويدخل البيع على الصفة أو على خيار الرؤية من جهة ماهو غائب غرر ، وهل هو موجود فى وقت العقد أو معدوم . ولذلك اشترطوا فيه أن يكون قريب الغيبة ، الا أن يكون =

مذهب الشافعى :

للشافعى فى خيار الرؤية قولان : قول قديم وقول جديد .

فى القول القديم يجوز بيع العين الغائبة ، ويثبت للمشترى خيار الرؤية . ثم إن فى افتقار صحة البيع إلى ذكر صفات المبيع ثلاثة أوجه : أحدها أنه لايصح حتى تذكر جميع الصفات ، الثانى أنه لايصح حتى تذكر الصفات المقصودة ، والثالث أن صحة البيع لا تفتقر إلى ذكر شىء من الصفات

= مأمونا كالعقار . ومن ههنا اجاز مالك بيع الشىء برؤية متقدمة ، اعنى اذا كان من القرب بحيث يؤمن ان يتغير فيه فاعلمه » .

وجاء فى القوانين الفقهية لابن جزى (ص ٢٥٦) : « يجوز فى المذهب بيع الشىء الغائب على الصفة أو رؤية متقدمة ، واجازه أبو حنيفة من غير صفة ولا رؤية . ومنعه الشافعى مطلقا . ويشترط فى المذهب فى المبيـــع على الصفة خمسة شروط : (الاول) الا يكون بعيدا جدا ، كالاندلس وافريقية . (الثانى) الا يكون قريبا ، كالحاضر فى البلد . (الثالث) ان يصفه غير البائع . (الرابع) أن يحصر الاوصاف المقصودة كلها . (الخامس) الا ينقد ثمنـــه بشرط الا فى المأمون كالعقار ، ويجوز النقد من غير شرط . ثم ان خرج المبيع على حسب الصفة والرؤية لزم البيع ، وان خرج على خلاف ذلك فللمشترى الخيار » .

وجاء فى الدسوقى على الشرح الكبير (جزء ٣ ص ٢٤ — ص ٢٥) : « وجاز بيع وشراء معتمدا فيه على الاوصاف المكتوبة فى البرنامج .. اى الدفـــتر المكتوب فيه أوصاف العدل من الثياب المبيعة لتشترى على تلك الصـــفة للضرورة ، فان وجد على الصفة لزم والا خير المشترى .. وان اشـــترى على رؤية متقدمة فادعى المشترى انه ليس على الصفة التى رآه عليها ، وادعى البائع انه عليها ، حلف البائع على بقاء الصفة التى رآه المشـــترى عليها ولم تتغير ، وان شك ، اى حصل شك هل تغير فيما بين الرؤية والقبض أم لا . فان قطع أهل المعرفة بعدم التغير فالقول للبائع بلا يمين ، وان قطع بالتغير فالقول للمشترى كذلك ، وان رجحت لواحد منهما فالقول له بيمين » .

وجاء فى المدونة الكبرى (جزء ١٠ ص ٤٤ — ص ٤٥) : « وقول مالك فى الرجل يقدم له أصناف من البز ، فيحضره السوام ، ويقرأ عليهم برنامجه . ويقول فى عدل كذا وكذا ملحفة بصرية ، وكذا وكذا رائطة سايرية وذرعها كذا وكذا . ويسمى أصناف ذلك البز بأجناسه وذرعه وصفته ، ثم يقول اشتروا على هذا . فيشترون ، ويخرجون الاعدال على ذلك ، فيفتحونها فيشتفلون ويبرمون ، ان ذلك لازم لهم اذا كان ذلك موافقا للبرنامج الذى باعه عليه » .

=

فيجوز بيع العين الغائبة دون وصف لأن الاعتماد على الرؤية وقد ثبت للمشترى خيارها . ويكون للمشترى الخيار على الفور عند رؤية العين المبيعة فى وجه، وفى وجه آخر أن العقد إنما يتم بالرؤية فيثبت له خيار كخيار المجلس . وأما إذا رأى المشترى المبيع قبل العقد ثم اشتراه ، فإن كان مما لا يتغير كالعقار وغيره جاز بيعه . وهذا القول القديم فى مذهب الشافعى يقارب مذهب أبى حنيفة فى خيار الرؤية ، فهو يثبت للمشترى هذا الخيار حتى لو ذكرت جميع صفات المبيع فى أحد الأوجه الثلاثة التى تقدم ذكرها .

وفى القول الجديد رؤية المبيع شرط فى صحة العقد ، سواء كانت العين

=

وجاء فى الحطاب (جزء ٤ ص ٢٩٣ – ص ٢٩٨) : « وجاز برؤية بعض المثلى : ليس هذا خاصا بالمكيل . وكذلك فى الجزاف يكفى رؤية البعض ، اذا كان الجميع حاضرا فى غرارة او نحوها .. وينبغى الاحتفاظ على العين فتكون كالشاهد عند التنازع ، فان خرج الآخر مخالفا لما رآه أولا ، فان كان ذلك يسيرا لزم ، وان كان كثيرا لم يلزم .. واحترز بالمثلى من المقوم فانه لايكفى رؤية بعضه .. وعلى البرنامج : قال فى التوضيح البرنامج بفتح الباء وكسر الميم وهى لفظة فارسية استعملتها العرب ، والمراد بها الدفتر المكتوب فيه صفة ما فى العدل .. وبرؤيته لايتغير بعدها . فان كانت مدة يتغير فيها فالبيع فاسد على الاصح ، الا ان يباع بصفة مؤتنفة او على انه بالخيار اذا راى ، وقيل ان شرط النقد فسد والا جاز .. وغائب ولو بلا وصف على خياره بالرؤية : يعنى انه يجوز بيع الغائب ولو بلا وصف ، لكن بشرط ان يجعل للمشترى الخيار اذا رآه . وأما اذا انعقد البيع على الالزام او سكتا عن شرط الخيار ، فالبيع فاسد .. وقال بعض كبار أصحاب مالك لاينعقد بيع الا على احد امرين ، اما على صفة توصف أو على رؤية قد عرفها أو شرط فى عقد البيع انه بالخيار اذا راى ، فكل بيع ينعقد فى سلعة بعينها غائبة على غير ما وصفنا فهو منتقض .. وقال ابن محرز ومنهم من تأولها على أن بيع الرؤية والصفة قسم وبيع الخيار قسم .. فتحصل من هذا ان ما كان حاضرا عند المتعاقدين لايجوز بيعه على صفة على المعروف المشهور ، الا اذا كان فى رؤيته عسر أو فساد .. وأما ان كان غائبا عن مجلس العقد وهو حاضر البلد .. فلا يجوز بيعه على الصفة الا اذا كان فى رؤيته مشقة . وأما الغائب عن البلد فيجوز بيعه بالصفة ولو كان على مسافة يوم ، وظاهر كلامهم ان ما كان دون مسافة اليوم فهو فى حكم حاضر البلد فيأتى فيه ماتقدم .. والظاهر ان البيع على رؤية متقدمة لايشترط فيه هذا الشرط فيجوز بيعه وان كان حاضرا بالبلد أو مجلس التعاقد على تلك الرؤية اذا لم يمض بعد الرؤية مدة يمكن أن يتغير بعدها » .

حاضرة أو غائبة ،وسواء سبق للمشترى رؤيتها أو لم يسبق،فنى جميع الأحوال لا يصح البيع ألا فى المبيع المرئى وقت العقد . ومن هنا لا يكون للمشترى خيار الرؤية ، فهو قد رأى العين وقت العقد وارتضاها ، بل أن رؤيتها وقت العقد شرط فى صحة البيع كما قدمنا . وفى هذا يختلف مذهب الشافعى فى القول الجديد عن مذهب أبى حنيفة اختلافا بيناً .فالقول الجديد ينفى خيار الرؤية أصلا ، بل هو يوجب رؤية المبيع ، فلا يعود هناك مقتض لخيار الرؤية . ورؤية المبيع وقت البيع تتم ، فيما لا تختلف أجزاؤه ، برؤية بعض المبيع ، لأن برؤية البعض يزول عذر الجهالة . وأما فيما تختلف أجزاؤه ، فرؤية البعض أيضا تكفى أن كان مما تشق رؤية باقيه كالجوز فى القشر الأسفل وأساس الحيطان . فإن لم تشق رؤية باقيه ، وجبت رؤية المبيع كله ولا تكفى رؤية البعض .

والشافعى فى إشتراطه رؤية المبيع وقت العقد لصحة البيع فى قوله الجديد - وهذا من شأنه أن يضيق كثيرا من نطاق التعامل - يحتج بنهى النبى عليه السلام عن بيع الغرر والغرر موجود فيما لم يره المشترى ، وبنهيه عليه السلام عن بيع ماليس عند الإنسان والمراد ماليس بحاضر مرئى للمشترى . ثم إن المقصود فى المبيع هو المالية ، ومقدار المالية لا يصير معلوما إلا بالرؤية ، فالجهل بمقدار المالية قبل الرؤية بمنزلة انعدام المالية . والبيع بيع دين وبيع عين . والطريق لمعرفة المبيع فيما هو دين الوصف، وإذا تراخى الوصف عن حالة العقد لم يجز البيع . أما الطريق لمعرفة العين فهو الرؤية ، وإذا تراخت الرؤية عن حالة العقد لم يجز هنا أيضا البيع . (١)

---

(١) انظر فى هذا الحجج وفى رد الحنفية عليها المبسوط للسرخسى ١٣ ص ٦٨ — ص ٧٠ .

ومن النصوص فى مذهب الشافعى ماجاء فى المهذب : « ولا يجوز بيع العين الغائبة اذا جهل جنسها او نوعها .. فان علم الجنس والنوع ، بأن قال بعتك الثوب المروى الذى فى كمى أو العبد الزنجى الذى فى دارى أو

مذهب أحمد بن حنبل :

الظاهر فى مذهب أحمد بن حنبل أن العين الغائبة التى لم توصف ولم تتقدم رؤيتها لايصح بيعها فيجب ، حتى يصح العقد ، أما الرؤية من البائع والمشترى جميعا ، وإما سبق الرؤية بزمن لاتتغير العين فيه ، وإما وصف العين بحيث يذكر من صفاتها ما يكفى فى صحة السلم . فإن وقع البيع على هذا النحو ، كان

= الفرس الادهم الذى فى اصطبلى ، ففيه قولان ! قال فى القديم .. يصح ويثبت له الخيار اذا رآه ، لما روى ابن ابى مليكة ان عثمان رضى الله عنه ابتاع من طلحة أرضا بالمدينة ناقله بأرض له بالكوفة ، فقال عثمان بعت مالم اره ، فقال طلحة انما النظر الى لانى ابتعت وانت قد رأيت ما ابتعت . فتحاكما الى جبير بن مطعم ، فقضى على عثمان ان البيع جائز وان النظر لطلحة لانه ابتاع مغيبا .. وقال فى الجديد لايصح لحديث ابى هريرة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الغرر وفى هذا البيع غرر .. فاذا قلنا بقوله القديم ، فهل تفتقر صحة البيع الى ذكر الصفات أم لا ؟ فيه ثلاثة اوجه : احدها انه لايصح حتى تذكر جميع الصفات كالمسلم فيه . والثانى لايصح حتى تذكر الصفات المقصودة . والثالث انه لايفتقر الى ذكر شىء من الصفات ، وهو المنصوص فى الصرف ، لان الاعتماد على الرؤية ويثبت له الخيار اذا رآه ، فلا يحتاج الى ذكر الصفات . فان وصفه ثم وجده على خلاف ما وصف ، ثبت له الخيار . وان وجده على ما وصف او أعلى ففيه وجهان : أحدهما لاخيار له لانه وجده على ماوصف فلم يكن له خيار كالمسلم فيه ، والثانى أن له الخيار لانه يعرف ببيع خيار الرؤية فلا يجوز أن يخلو من الخيار .. واما اذا راى المبيع قبل العقد ثم غاب عنه ثم اشتراه ، فان كان مما لايتغير كالعقار وغيره جاز بيعه . وقال ابو القاسم الانماطى لايجوز فى قوله الجديد لان الرؤية شرط فى العقد ، فاعتبر وجودها فى حال العقد كالشهادة فى النكاح . والمذهب الاول لان الرؤية تراد للعلم بالمبيع ، وقد حصل العلم بالرؤية المتقدمة ، فعلى هذا اذا اشتراه ثم وجده على الصفة الاولى أخذه ، وان وجده ناقصا فله الرد لانه ما التزم العقد فيه الا على تلك الصفة .. اذا راى بعض المبيع دون بعض نظرت : فان كان مما لايختلف أجزاؤه كالصبرة عن الطعام والجرة من الدبس جاز بيعه ، لان برؤية البعض يزول غرر الجهالة ، لان الظاهر ان الباطن كالظاهر . وان كان مما يختلف نظرت : فان كان مما يشق رؤية باقيه كالجوز فى القشر الاسفل جاز بيعه ، لان رؤية الباطن تشق فسقط اعتبارها كرؤية اساس الحيطان. وان لم تشق رؤية الباقى كالثوب المطوى ، ففيه طريقان : من اصحابنا من قال فيه قولان كبيع ما لم ير شيئا منه ، ومنهم من قال يبطل البيع قولا واحدا ، لان ما رآه لاخيار له ومالم يره فيه الخيار وذلك لايجوز فى عين واحدة » (المهذب ١ ص ٢٦٣ — ص ٢٦٤) .

صحيحا لازما، وليس للمشترى ولا للبائع خيار الرؤية فيه. لكن إذا وصف المبيع فجاء على غير الوصف، كان للمشترى خيار الخلف في الوصف. وإذا كانت العين المبيعة حاضرة فى مجلس العقد، فأنه يشترط رؤية ما هو مقصود بالبيع، كداخل الثوب وشعر الجارية ونحوهما. فلو باع ثوبا مطويا أو عينا حاضرة لا يشاهد منها ما يختلف الثمن لأجله، كان كبيع الغائب، فيجب وصف المبيع حتى يصح البيع. ويتبين من ذلك أن خيار الرؤية غير معروف فى الظاهر من مذهب أحمد، بخلاف المذهب الحنفى فقد رأينا أن خيار الرؤية يثبت فيه المشترى حتى مع وصف المبيع، بل يصح البيع فيه دون وصف المبيع ودون رؤيته مع ثبوت خيار الرؤية للمشترى.

على أن هناك رواية ثانية فى مذهب أحمد، هى أنه يجوز بيع العين التى لم توصف ولم تتقدم رؤيتها، ويكون للمشترى فى هذه الحالة خيار الرؤية، بل إن البائع يكون له هو أيضا خيار الرؤية إذا لم تسبق له رؤية المبيع. فإذا ثبت المشترى أو للبائع خيار الرؤية على هذا النحو، فلمن له الخيار عند رؤية المبيع الحق فى الفسخ أو الإمضاء، ويكون ذلك على الفور عقب الرؤية، وقيل يتقيد بالمجلس الذى وجدت الرؤية فيه لأنه خيار ثبت بمقتضى العقد من غير شرط فتقيد بالمجلس كخيار المجلس. وإن اختار الفسخ قبل الرؤية انفسخ العقد لأنه غير لازم فى حقه، وإن اختار إمضاء العقد قبل الرؤية لم يلزم لأن الخيار يتعلق بالرؤية ولأنه يؤدى إلى إلزام العقد على المجهول فيفضى إلى الضرر. وتتفق هذه الرواية الثانية فى مذهب أحمد مع المذهب الحنفى، فى أن المبيع الذى لم تسبق رؤيته ولم يوصف يثبت فيه للمشترى خيار الرؤية. وتختلف عن المذهب الحنفى، فى أنها تثبت خيار الرؤية للبائع أيضا، وليس للبائع خيار الرؤية فى المذهب الحنفى - وفى أنها لا تثبت خيار الرؤية الا اذا لم يوصف المبيع فإذا وصف وجاء على الصفة فلا خيار للمشترى، وفى المذهب الحنفى يثبت خيار الرؤية المشترى ولو وصف المبيع وجاء على الصفة.

وفى رواية ثالثة فى مذهب أحمد، أن البيع على الصفة لا يجوز، وأن

البيع على رؤية سابقة لايجوز ، فيشترط إذن فى صحة البيع رؤية المبيع حال العقد ، لأن الصفة لاتحصل بها معرفة المبيع فلم يصح البيع بها ، ولأن ما كان شرطا فى صحة العقد وهو الرؤية يجب أن يكون موجودا حال العقد . وتتفق هذه الرواية الثالثة فى مذهب أحمد مع مذهب الشافعى فى قوله الجديد ، وتختلف اختلافا بينا عن المذهب الحنفى كما هو ظاهر .

ويستخلص مما تقدم أن الظاهر فى مذهب أحمد لايعرف خيار الرؤية ، وهو فى ذلك يفارق المذهب الحنفى ، ولكنه يجيز البيع على الصفة دون رؤية المبيع ، وهو فى ذلك يفارق مذهب الشافعى فى قوله الجديد . على أن هناك روايتين أخرين فى مذهب أحمد هما غير الظاهر من مذهبه . الأولى تقرب من المذهب الحنفى اذ تثبت خيار الرؤية للمشترى فيما لم يوصف ولم تتقدم فيه رؤية ، بل هى تذهب الى مدى أبعد من المذهب الحنفى اذ تثبت خيار الرؤية للبائع أيضا . والثانية تتفق مع مذهب الشافعى فى قوله الجديد، اذ تنفى خيار الرؤية بتاتا وتنفى جواز البيع على الصفة أو على سابق الرؤية ، وتشترط لصحة البيع رؤية المبيع حال العقد [1] .

---

(١) وننقل ما جاء فى المغنى فى هذا الصدد : « وفى بيع الغائب روايتان : اظهرهما ان الغائب الذى لم يوصف ولم تتقدم رؤيته لايصح بيعه ، وبهذا قال الشعبى والحسن والاوازعى ومالك وأسحق وهو احد قولى الشافعى . وفى رواية اخرى انه يصح ، وهو مذهب ابى حنيفة والقول الثانى للشافعى . وهل يثبت خيار الرؤية ؟ على روايتين اشهرهما ثبوته ، وهو قول ابى حنيفة . واحتج من اجازه بعموم قول الله تعالى واحل الله البيع، وروى عن عثمان وطلحة انهما تبايعا داريهما بالكوفة والاخرى بالمدينة ، فقيل لعثمان انك قد غبنت فقال ما ابالى لانى بعت مالم اره ، وقيل لطلحة فقال لى الخيار لاننى اشتريت مالم اره ، فتحاكما الى جبير فجعل الخيار لطلحة ، وهذا اتفاق منهم على صحة البيع ، ولانه عقد معارضة فلم تفتقر صحته الى رؤية المعقود عليه كالنكاح . ولنا ماروى عن النبى صلى الله عليه وسلم انه نهى عن بيع الغرر رواه مسلم ، ولانه باع مالم يره ولم يوصف له فلم يصح كبيع النوى فى التمر ، ولانه نوع بيع فلم يصح مع الجهل بصفة المبيع كالسلم . والاية مخصوصة بالاصل الذى ذكرناه ، واما حديث عثمان وطلحة فيحتمل انهما تبايعا بالعينة على انه قول صحابى وفى كونه حجة خلاف =

المطلب الرابع

خيار العيب

مسائل ثلاث :

نبحث فى خيار العيب — ويسمى فى مذهب مالك بخيار النقيصة كما يسمى خيار الشرط بخيار التروى — مابحثناه فى خيار الرؤية من المسائل : (١) متى يثبت خيار العيب (٢) حكم العقد حال قيام خيار العيب (٣) ما يسقط به خيار العيب .

= ولا يعارض به حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم ، والنكاح لايقصد منه المعاوضة ولا يفسد بفساد العوض ولا بترك ذكره ولا يدخله شيء من الخيارات وفى اشتراط الرؤية مشقة على المخدرات واضرار بهن على ان الصفات التى تعلم بالرؤية ليست هى المقصودة فى النكاح فلا يضر الجهل بها بخلاف البيع . فان قيل فقد روى عن النبى صلى اللهعليه وسلم انه قال من اشترى مالم يره فهو بالخيار اذا رآه ، والخيار لايثبت الا فىعقدصحيح، قلنا هذا يرويه عمر بن ابراهيم الكردى وهو متروك الحديث ويحتمل انه بالخيار بين العقد عليه وتركه . اذا ثبت هذا فانه يشترط رؤية ماهو مقصود بالبيع كداخل الثوب وشعر الجارية ونحوهما ، فلو باع ثوبا مطويا أو عينا حاضرة لايشاهد منها ما يختلف الثمن لاجله كان كبيع الغائب. وان حكمنا بالصحة ، فللمشترى الخيار عند رؤية المبيع فى الفسخ والامضاء ، ويكون على الفور ، فان اختار الفسخ فله ذلك ، وان لم يفسخ لزم العقد ، لان الخيار خيار الرؤية ، فوجب ان يكون عندها . وقيل يتقيد بالمجلس الذى وجدت الرؤية فيه ، لانه خيار ثبت بمقتضى العقد من غير شرط ، فتقيد بالمجلس كخيار المجلس . وان اختارالفسخ قبل الرؤية،انفسخ،لان العقد غير لازم فى حقه فملك الفسخ كحال الرؤية . وان اختار امضاء العقد لم يلزم ، لان الخيار يتعلق بالرؤية ، ولانه يؤدى الى الزام العقد على المجهول فيفضى الى الضرر . وكذلك لوتبايعا بشرط الايثبت الخيارللمشترىلم يصح الشرط لذلك . وهل يفسد البيع بهذا الشرط ؟ على وجهين ، بناء على الشروط الفاسدة فى البيع . ويعتبر لصحة العقد الرؤية من البائع والمشترى جميعا . وان قلنا بصحة البيع مع عدم الرؤية فباع مالم يره ، فله الخيار عند الرؤية . وان لم يره المشترى أيضا ، فلكل واحد منهما الخيار ، وبهذا قال الشافعى . وقال ابو حنيفة ليس له الخيار لحديث عثمان وطلحة ، =

ولما كانت المذاهب المختلفة لا تتفاوت كثيراً فى خيار العيب كما تفاوتت فى خيار الرؤية . فيكون بحثنا أصلا فى المذهب الحنفى ، ونعرض فى خلال البحث إلى أوجه الخلاف الهامة فى المذاهب الأخرى .

= ولاننا لو جعلنا له الخيار لثبت لتوهم الزيادة والزيادة فى المبيع لاتثبت الخيار ، وكذلك لو باع شيئا على انه معيب فبان غير معيب لم يثبت له الخيار . ولنا انه جاهل بصفة المعقود عليه فاشبه المشترى ، فاما الخبر فانه قول جبير وطلحة وقد خالفهما عثمان وقوله اولى لان البيع يعتبر فيه الرضا منهما فتعتبر الرؤية التى هى مظنة الرضا منهما . واذا وصف المبيع للمشترى ، فذكر له من صفاته مايكفى فى صحة السلم ، صح بيعه فى ظاهر المذهب ، وهو قول اكثر اهل العلم . وعن احمد لايصح حتى يراه لان الصفة لاتحصل بها معرفة المبيع فانها تحصل بالصفات الظاهرة التى يختلف بها الثمن ظاهرا وهذا يكفى بدليل انه يكفى فى السلم ، وانه لايعتبر فى الرؤية الاطلاع على الصفات الخافية . واما مالا يصح المسلم فيه ، فلايصح بيعه بالصفة ، لانه لايمكن ضبطه بها . اذا ثبت هذا ، فانه متى وجده على الصفة لم يكن له الفسخ ، وبهذا قال محمد بن سيرين وايوب ومالك والعنبرى واسحق وابو ثور وابن المنذر . وقال الثورى وابو حنيفة واصحابه له الخيار بكل حال لانه يسمى بيع خيار الرؤية ، ولان الرؤية من تمام العقد فاشبه غير الموصوف . ولاصحاب الشافعى وجهان كالمذهبين . ولنا انه سلم له المعقود عليه بصفاته فلم يكن له الخيار كالمسلم فيه ، ولانه مبيع موصوف فلم يكن للعاقد الخيار فى جميع الاحوال كالسلم ، وقولهم انه يسمى بيع خيار الرؤية لانعرف صحته ، فان ثبت فيحتمل انه يسميه من يرى ثبوت الخيار ولا يحتج به على غيره . فأما ان وجده بخلاف الصفة ، فله الخيار ، ويسمى خيار الخلف فى الصفة ، لانه وجد الموصوف بخلاف الصفة فلم يلزمه كالسلم . وان اختلفا فقال البائع لم تختلف الصفة وقال المشترى قد اختلفت ، فالقول قول المشترى لان الاصل براءة ذمته من السلم فلا يلزمه مالم يقربه أويثبت ببينة أو ما يقوم مقامها .. اذا رايا المبيع ثم عقدا البيع بعد ذلك بزمن لاتتغير العين فيه ، جاز فى قول اكثر اهل العلم . وحكى عن احمد رواية اخرى لايجوز حتى يرياها حالة العقد ، وحكى ذلك عن الحكم وحماد ، لان ماكان شرطا فى صحة العقد يجب أن يكون موجودا حال العقد كالشهادة فى النكاح . ولنا انه معلوم عندهما اشبه مالو شاهداه حالة العقد ، والشرط انما هو العلم وانما الرؤية طريق للعلم ، ولهذا اكتفى بالصفة المحصلة للعلم به ، والشهادة فى النكاح تراد لحل العقد والاستيثاق عليه فلهذا اشترطت حال العقد . ويقرر ماذكرناه مالو رايا دارا ووقفا فى بيت منها أو أرضا ووقفا فى طريقها وتبايعاها صح بلا خلاف مع عدم المشاهدة للكل فى الحال ، ولو كانت الرؤية المشروطة للمبيع مشروطة حال العقد لاشترط رؤية جميعه . ومتى وجد المبيع بحاله لم يتغير لزم البيع ، وان كان ناقصا ثبت له الخيار ، =

§ ١ — متى يثبت خيار العيب

خيار العيب كخيار الرؤية يثبت دون شرط فى العقود التى تحتمل الفسخ :

خيار العيب يثبت دون حاجة إلى شرط به ، وهو من هذه الناحية يفارق خيارى الشرط والتعيين اللذين لايثبتان إلا بالشرط ، ويوافق خيار الرؤية الذى يثبت بحكم الشرع دون حاجة إلى الشرط .

على أن هناك فرقا دقيقاً ، من هذه الناحية ، بين خيار الرؤية وخيار العيب . فخيار الرؤية يثبت بحكم الشرع ، إذ ورد نص فيه هو الحديث المعروف . أما خيار العيب ، فهو إذا لم يكن فى حاجة إلى شرط صريح به ، إلا أنه يثبت بالشرط دلالة إذ سلامة المبيع من العيب شرط ضمنى فى العقد ، ولما كانت السلامة مشروطة فى العقد دلالة فقد صارت كالشرط نصا . جاء فى البدائع فى هذا المعنى : « إن السلامة شرط فى العقد دلالة ، فما لم يسلم المبيع لا يلزم البيع فلا يلزم حكمه . والدليل على أن السلامة مشروطة فى العقد أن السلامة فى المبيع مطلوبة المشترى عادة إلى آخره ، لأن غرضه الانتفاع بالمبيع ، ولا يتكامل انتفاعه إلا بقيد السلامة . ولأنه لم يدفع جميع الثمن إلا ليسلم له جميع المبيع ، فكانت السلامة مشروطة فى العقد دلالة ، فكانت كالمشرطة نصاً . فإذا فاتت المساواة كان له الخيار ، كما إذا اشترى جارية على أنها بكر أو أنها طباخة فلم يجدها كذلك . وكذا السلامة من مقتضيات العقد أيضاً

= لان ذلك كحدوث العيب . وان اختلفا فى التغير ، فالقول قول المشترى ، لانه يلزمه الثمن فلا يلزمه مالم يعترف به . فاما ان عقد البيع بعد رؤية المبيع بمدة يتحقق فيها فساد المبيع لم يصح البيع لانه مما لايصح بيعه ، وان لم يتغير فيها لم يصح بيعه لانه مجهول . وكذلك ان كان الظاهر تغيره . فاما ان كان يحتمل التغير وعدمه وليس الظاهر تغيره ، صح بيعه لان الاصل السلامة ولم يعارضه ظاهر فصح بيعه كما لو كانت الغيبة يسيرة ، وهذا ظاهر مذهب الشافعى » (المغنى ٤ ص ٧٤ — ص ٩٠) .

لأنه عقد معارضة ، والمعاوضات مبناها على المساواة عادة وحقيقة ، وتحقيق المساواة فى مقابلة البدل بالمبدل والسلامة بالسلامة ، فكان اطلاق العقد مقتضياً للسلامة . فإذا لم يسلم المبيع للمشترى يثبت له الخيار ، لأن المشترى يطالبه بتسليم قدر الفائت بالعيب وهو عاجز عن تسليمه . فيثبت الخيار » (البدائع ٥ ص ٢٧٤) . وقد انبنى على هذا الفرق أن اعتبر خيار الرؤية من حق الشرع فلا يجوز فيه الإسقاط الصريح مقصوداً . وإنما يسقط دلالة بإمضاء البيع فيسقط بطريق الضرورة . أما خيار العيب فاعتبر من حق العبد، فيجوز فيه الإسقاط الصريح مقصوداً (البدائع ٥ ص ٢٩٧) .

على أن خيار العيب ، إلى جانب قيامه على الشرط دلالة فى العقد ، يقوم أيضا على نص فى الشرع كخيار الرؤية . ويورد الفقهاء عادة أن الأصل فى شرعية خيار العيب ماروى عن النبى عليه السلام أنه قال : من اشترى شاة محفلة فوجدها مصراة ، فهو بخير النظرين ثلاثة أيام . وفى رواية : فهو بأحد النظرين إلى ثلاثة ، إن شاء أمسك ، وإن شاء رد ورد معها صاعا من تمر . ويقول الكاسانى : « والنظران المذكوران هما نظرا الإمساك والرد ، وذكر الثلاث فى الحديث ليس للتوقيت ، لأن هذا النوع من الخيار ليس بموقت ، بل هو بناء الأمر على الغالب المعتاد . لأن المشترى إن كان به عيب يقف عليه المشترى فى هذه المدة عادة ، فيرضى به فيمسكه ، أو لا يرضى به فيرده . والصاع من التمر كأنه قيمة اللبن الذى حلبه المشترى ، علمه رسول الله صلى الله عليه وسلم بطريق المشاهدة ، والله عز وجل أعلم » (البدائع ٤ ص ٢٧٤) .

ومهما يكن من أمر فإن خيار العيب — كسائر الخيارات من خيار شرط وخيار رؤية — يقوم أيضا على فكرة اختلال الرضاء ، كما سيأتى .

وخيار العيب ، كخيار الرؤية أيضا ، لايثبت إلا فى العقود التى تحتمل الفسخ ، كالبيع والأجارة والقسمة والصلح عن مال على شىء بعينه . وقد ورد فى المادة ٣٤٢ من مرشد الحيران : « يثبت حق فسخ العقد بخيار العيب من

غير اشتراط فى العقد . فمن عقد عقد شراء ، أو إجارة ، أو أجرى مع شريكه قسمة مال مشترك القيميات أو المثليات المتحدة أو المختلفة الجنس ، أو صالح عن دعوى مال معين على شىء بعينه ، فله فسخ العقد ونقض القسمة بخيار العيب ، إذا وجد فى مشريه أو فى العين المستأجرة أو فى بدل الصلح أو فى الحصة التى أصابته من القسمة عيبا قديما لم يعلم به وقت العقد أو حين القسمة، ولم يوجد منه مايدل على الرضا به بعد اطلاعه عليه ، ولم يشترط البراءة من العيوب . فإن وجد شىء من ذلك سقط حق خياره ، ولزمه العقد والحصة التى أصابته فى القسمة » .

الشروط الواجب توافرها فى العيب ليثبت به الخيار :

والمفروض أن المحل المعقود عليه هو عين معينة بالذات . ويشترط فى العيب اللاحق بالعين ، ليثبت به الخيار ، شروط أربعة : (١) أن يكون العيب مؤثرا فى قيمة المبيع (٢) وأن يكون قديما (٣) وأن يكون غير معلوم من المشترى (٤) وألا يكون البائع قد اشترط البراءة من العيب .

ونستعرض هذه الشروط فى إيجاز .

يجب أن يكون العيب مؤثرا فى قيمة المبيع :

يطيل الفقهاء فى تفصيل هذا الشرط ، ويستعرضون فى إسهاب العيوب المختلفة التى يحتمل أن تلحق المعقود عليه . ونكتفى هنا بأن نذكر أن العيب يكون مؤثرا فى قيمة المبيع إذا كان من شأنه أن يوجب نقصان الثمن فى عادة التجار نقصانا فاحشا أو يسيرا . فالعمى والعور والحول والعشا والبرص والقراع والصلع والشلل والبخر والزفر وسائر الأمراض المؤثرة ، كل هذه عيوب فى الرقيق على تفصيل تفيض به كتب الفقه . وينبسط القول خاصة فى شأن عيوب أربعة : الإباق والسرقة والبول فى الفراش والجنون ، لأن قدم

هذه العيوب واستمرارها فى الرقيق وهو فى يد المشترى محل بحث طويل . والحران والجماح وخلع الرسن عيوب مؤثرة فى الخيل . والهشم عيب مؤثر فى الأوانى . والصدع عيب مؤثر فى الحوائط . وهكذا . والتعويل فى كل ذلك على عرف التجار ، فما كان من شأنه أن ينقص ثمن المبيع فى عرفهم فهو عيب يوجب الخيار [١] .

يجب أن يكون العيب قديما :

ويجب أن يكون العيب ثابتا وقت عقد البيع أو بعد ذلك ولكن قبل التسليم ، حتى لو حدث بعد التسليم لايثبت الخيار ، لأن ثبوته لفوات صفة السلامة المشروطة فى العقد دلالة ، وقد حصلت السلعة سليمة فى يد المشترى إذ العيب لم يحدث إلا بعد التسليم [٢] .

---

(١) وقد يكون عيبا يوجب الخيار سوء الجوار فى الدار المستأجرة ، ومايلحق الشىء من أوهام العامة ، كأن تكون الدار شؤما أو أن تكون مشهورة بعوامر الجان . جاء فى الحطاب : « قال فى الموازنة سوء الجار فى الدار المكتراة عيب ترد به اذا لم يعلم ، وقال غيره ليس ذلك عيبا فى البيع . وقد قال أبو صالح الحرانى سمعت مالكا يقول ترد الدار من سوء الجيران . . المشذالى قال فى موضع آخر من البيان من اشترى دارا فوجد جيرانها يشربون ان ذلك عيب ترد به . . وفى الشؤم والجن نظر . والذى اختاره ابن عرفة انهما ليسا بعيب ، والصواب عندى أن ذلك عيب لانه مما تكرهه النفوس قطعا ، فأن كون الدار مشهورة بعوامر الجان لاتسكن غالبا ، وكذا اذا اشتهرت بالشؤم لاتملك غالبا » (الحطاب ٤ ص ٤٣٦) .

(٢) وفى مذهب مالك مايعرف بالعهدة ، فيفترض أن العيب اذا حدث عند المشترى فى مدة معينة يكون كامنا فى المبيع وقت أن كان فى يد البائع ، فيحمل البائع عهدته ويكون مسئولا عنه . قال ابن رشد : « انفرد مالك بالقول بالعهدة دون سائر فقهاء الامصار ، وسلفه فى ذلك أهل المدينة والفقهاء السبعة وغيرهم . ومعنى العهدة أن كل عيب حدث فيها عند المشترى فهو من البائع . وهى عند القائلين بها عهدتان : عهدة الثلاثة الايام وذلك عن جميع العيوب الحادثة عند المشترى ، وعهدة السنة وهى عن العيوب الثلاثة الجزام والبرص والجنون فما حدث فى السنة من هذه الثلاث بالمبيع فهو من البائع وما حدث من غيرها من العيوب كان من ضمان المشترى على الاصل . وعهدة الثلاثة عند المالكية بالجملة بمنزله ايام الخيار وأيام الاستبراء ،

=

ولا يكفي أن يكون العيب قد حدث قبل التسليم ، بل يجب أيضا أن يبقى ثابتا بعد التسليم . لأن العيب إذا حدث قبل التسليم وزال أيضا قبله ، فقد قبض المشترى المبيع سليما من العيب ، فلا يكون له الخيار .

أما إن حدث العيب بعد التسليم ولكنه استند إلى سبب قبل التسليم ، كأن كان المبيع عبدا فسرق أو قطع يدا قبل التسليم فقطعت يده بعد التسليم ، فى مذهب الشافعى خلاف فى هذه المسألة . جاء فى المهذب : « وإن حدث العيب بعد القبض نظرت ، فإن لم يستند إلى سبب قبل القبض لم يثبت له الرد ، لأنه دخل المبيع فى ضمانه فلم يرد بالعيب الحادث . وإن استند إلى ما قبل القبض ، بأن كان عبدا فسرق أو قطع يدا قبل القبض فقطعت يده بعد القبض ، ففيه وجهان : أحدهما أنه يرد وهو قول أبى أسحق ، لأنه قطع بسبب كان قبل القبض . والثانى أنه لا يرد وهو قول أبى على بن أبى هريرة ، لأن القطع وجد فى يد المشترى فلم يرد كما لو لم يستند إلى سبب قبله » (المذب ١ ص ٢٨٤) .

=

والنفقة فيها والضمان من البائع . وأما عهدة السنة فالنفقة فيها والضمان من المشترى الا من الادواء الثلاثة . وهذه العهدة عند مالك فى الرقيق ، وهى ايضا واقعة فى اصناف البيوع فى كل ما القصد منه المماكسة والمحاكرة وكان بيعا لا فى الذمة . هذا مالاخلاف فيه فى المذهب ، واختلف فى غير ذلك .. واختلف أيضا عن مالك هل تلزم العهدة فى كل البلاد من غير ان يحمل اهلها عليها ، فروى عنه الوجهان . فاذا قيل لايلزم أهل البلد الا أن يكونوا قد حملوا على ذلك ، فهل يجب ان يحمل عليها أهل كل بلد أم لا ؟ فيه قولان فى المذهب . ولا يلزم النقد فى عهدة الثلاث وان اشترط ، ويلزم فى عهدة السنة . والعلة فى ذلك انه لم يكمل تسليم المبيع فيها للبائع قياسا على بيع الخيار لتردد النقد فيها بين السلف والبيع .. واما سائر فقهاء الامصار فلم تصح عندهم فى العهدة أثر ، وراوا أنها ولو صحت مخالفة للاصول . وذلك أن المسلمين يجمعون على أن كل مصيبة تنزل بالمبيع بعد قبضه فهى من المشترى ، فالتخصيص لمثل هذا الاصل المتقرر انما يكون بسماع ثابت . ولهذا ضعف عند مالك فى احدى الروايتين عنه ان يقضى بها فى كل بلد الا ان يكون ذلك عرفا فى البلد أو يشترط ، وبخاصة عهدة السنة فانه لم يات فى ذلك أثر . وروى الشافعى عن ابن جريج قال سألت ابن شهاب عن عهدة السنة والثلاث ، فقال ما علمت فيها أمرا سالفا » (بداية المجتهد ٢ ص ١٤٤ – ص ١٤٦ – وانظر فى نقض الحنابلة لحجج المالكية فى العهدة الشرح الكبير على متن المقنع ٤ ص ٩٠ – ص ٩١) .

وهناك خلاف فيما يتعلق بالعيوب الأربعة فى الرقيق التى سبقت الاشارة اليها : الأباق والسرقة والبول فى الفراش والجنون. فرأى يذهب إلى أن ثبوت هذه العيوب عند البائع كاف ، ولا يشترط ظهورها عند المشترى . ويستند هذا الرأى إلى أن هذه العيوب عيوب لازمة لازوال لها ، فثبوتها عند البائع يدل على بقائها عند المشترى وإن لم تظهر ، إذ تبقى مختفية ثم تنكشف . ورأى يذهب الى أن الجنون وحده دون العيوب الثلاثة الأخرى هو الذى ينطبق عليه هذا الوصف ، إذ الجنون فى الرقيق فساد فى محل العقد وهو الدماغ ، وهذا مما لازوال له عادة إذا ثبت . فيقتصر إذن فى الجنون وحده ، وفقا لهذا الرأى ، على ضرورة ثبوته عند البائع ، ولا يشترط ثبوته عند المشترى ، فهو ثابت بطبيعته ثم يظهر . على أن الرأى الذى عليه عامة الفقهاء أن هذه العيوب جميعا كغيرها قد تزول ، فيشترط ثبوتها فى يد البائع وبقاؤها فى يد المشترى .

ولكن العيوب الثلاثة الأخرى غير الجنون — الإباق والسرقة والبول فى الفراش — تتميز بأنها يشترط فيها العقل واتحاد الحال . فإن أبق الصبى أو سرق أو بال فى الفراش فى يد البائع وهو صغير لايعقل ، ثم كان ذلك فى يد المشترى وهو لايزال صغيرا لا يعقل ، لم يثبت حق الرد ، لأن هذه الأمور ليست عيبا فى الصغير الذى لايعقل . وحتى لو بقى الصغير يأبق او يسرق او يبول فى الفراش بعد أن عقل وكان ذلك بعد انتقاله الى يد المشترى ، لم يكن للمشترى حق الرد ، لأن الذى كان موجودا فى يد البائع ليس بعيب والموجود فى يد المشترى عيب ولكنه حادث . كذلك إن اختلف الحال لم يثبت حق الرد ، بأن ابق الصبي او سرق او بال فى الفراش فى يد البائع وهو صغير عاقل ، ثم كان ذلك فى يد المشترى بعد البلوغ ، لأن اختلاف الحال دليل اختلاف سبب العيب ، واختلاف سبب يوجب اختلاف العيب ، فكان الموجود بعد البلوغ عيبا حادثا لا يوجب الرد .

يجب أن يكون العيب غير معلوم من المشترى وألا يكون البائع قد اشترط البراءة من العيب :

ويجب أن يكون المشترى غير عالم بوجود العيب فى وقت العقد وفى وقت القبض معاً ، فإن كان عالما به فى أى وقت من هذين الوقتين فلا خيار له . ذلك أن إقدامه على الشراء مع العلم بالعيب رضاء منه به دلالة ، وكذلك إذا لم يعلم بالعيب عند العقد ثم علم به وقت القبض ، فقبضه للمبيع مع علمه بالعيب دليل على الرضا ، لأن تمام الصفقة متعلق بالقبض فكان العلم عند القبض كالعلم عند العقد .

وقد يرضى المشترى بالعيب دون أن يعلم به ، وذلك إذا اشترط عليه البائع البراءة من العيب فقبل منه هذا الشرط . فإذا أبرأ المشترى البائع من كل عيب أو من عيب بالذات قائم وقت العقد ، فأن الإبراء لايتناول العيب الذى يحدث بعد البيع وقبل القبض. وإن أبرأه من كل عيب أو من عيب بالذات يحدث بعد البيع وقبل القبض ، فالشرط فاسد ، لأن الإبراء لا يحتمل الإضافة إلى زمن مستقبل ولا التعليق بالشرط ، فهو وإن كان إسقاطا فيه معنى التمليك ولهذا لايحتمل الارتداد بالرد ، وكان ذلك بيعاً دخل فيه شرط فاسد ففسد . وإن أبرأه من كل عيب أو من عيب بالذات وأطلق البراءة دون أن يخصص بالعيب القائم وقت العقد أو العيب الحادث بعده ، انصرف ذلك عند محمد إلى العيب القائم وقت العقد دون العيب الحادث بعده ، وعند أبى يوسف تعم البراءة العيبين ، ويبرأ البائع من العيب القائم وقت العقد والعيب الحادث بعده . (١)

---

(١) ويختلف حكم البراءة من العيب فى مذهب الشافعى . جاء فى المهذب (جزء ١ ص ٢٨٨) : « اذا باع عينا بشرط البراءة من العيب ، ففيه طريقان : أحدهما .. ان المسألة على ثلاثة أقوال . أحدها انه يبرأ من كل عيب ، لانه غيب رضى به المشترى فبرىء منه البائع كما لو أ وقفه عليه . والثانى لايبرأ من شيء من العيوب ، لانه شرط يرتفق به أحد المتبايعين فلم يصح مع الجهالة كالاجل المجهول والرهن المجهول . والثالث انه لايبرأ الا

=

§ ٢ — حكم العقد حال قيام خيار العيب

العقد نافذ غير لازم :

إذا توافرت فى العيب الشروط المتقدمة الذكر ، لم يمنع ذلك من انعقاد العقد صحيحا نافذا لازماً من جهة البائع، ولكنه يكون غير لازم من جهة المشترى.

فيثبت الملك للمشترى فى المبيع للحال، لأن ركن البيع مطلق عن الشرط. أما شرط السلامة الثابت دلالة فهو ليس بشرط فى السبب كخيار الشرط وليس بشرط فى الحكم كخيار الرؤية ، فيكون أثره فى منع اللزوم لا فى منع أصل الحكم . أما خيار الشرط فقد دخل على السبب فمنع انعقاده فى حق الحكم مدة الخيار ، ولذلك لا يزول الملك عن البائع بشرط الخيار مدة خياره. وأما خيار الرؤية فقد دخل على الحكم ومنع تمامه ، فمنع لزوم العقد حتى بعد القبض . وهذا بخلاف خيار العيب فإنه لايدخل على السبب ولا على الحكم كما قدمنا ، فهو يجعل العقد غير لازم قبل القبض ، وقابلا للفسخ بعد القبض . أما كونه غير لازم قبل القبض فدليل ذلك أن المبيع إذا كان

=

من عيب واحد وهو العيب الباطن فى الحيوان الذى لايعلم به البائع . . لان الحيوان يفارق ما سواه ، لانه يغتذى بالصحة والسقم ، وتحول طباعه ، وقلما يبرأ من عيب يظهر او يخفى ، فدعت الحاجة الى التبرى من العيب الباطن فيه لانه لاسبيل الى معرفته وتوقيف المشترى عليه . وهذا المعنى لايوجد فى العيب الظاهر ولا فى العيب الباطن فى غير الحيوان ، فلم يجز التبرى منه مع الجهالة . والطريق الثانى أن المسألة على قول واحد ، وهو انه يبرأ من عيب باطن فى الحيوان لم يعلم به ولا يبرأ من غيره . وتأول هذا القائل ما اشار اليه الشافعى من القولين الآخرين على انه حكى ذلك عن غيره ولم يختره لنفسه . فان قلنا ان الشرط باطل ، فهل يبطل البيع فيه ؟ وجهان : أحدهما لايبطل البيع ويرد المبيع . . والثانى انه يبطل البيع ، لان هذا الشرط يقتضى جزءا من الثمن تركه البائع لاجل الشرط ، فاذا سقط وجب ان يرد الجزء الذى تركه بسبب الشرط وذلك مجهول ، والمجهول اذا اضيف الى معلوم صار الجميع مجهولا ، فيصير الثمن مجهولا ، ففسد العقد ، والله أعلم » .

لايزال فى يد البائع ، وأراد المشترى الرد بالعيب ، فإنه لايحتاج إلى التراضى أو التقاضى ، بل يكفى أن يقول رددت البيع أو مايجرى هذا المجرى لينفسخ البيع ، فذلك لأن العقد غير لازم قبل القبض . أما بعد القبض فقد تمت الصفقة، وإنما يكون البيع قابلا للفسخ لفوات شرط السلامة، ومن ثم لايجوز الفسخ إلا بالتراضى أو بالتقاضى ، إذ البيع هنا يفسخ بعد أن تمت الصفقة ، ولا ينفسخ بمحض إرادة المشترى كما كان الأمر قبل القبض والصفقة لم تتم . وفى خيار الرؤية قد رأينا ألى الصفقة لاتتم حتى بعد القبض ، ولذلك يرد المشترى المبيع بخيار الرؤية بمحض إرادته دون حاجة إلى التراضى أو التقاضى، سواء كان ذلك قبل قبض المبيع أو كان بعد القبض . وفى خيار الشرط لاتتم الصفقة أيضا حتى بعد القبض ، فإذا رد من له الخيار ولو بعد قبض المبيع رد بمحض إرادته دون حاجة إلى التراضى أو التقاضى .

فالعبرة إذن، فيما إذا كان الرد يتم بمحض الإرادة أو كان لا بد فى تمامه من التراضى أو التقاضى ، إنما تكون بعدم تمام الصفقة أو بتمامها . فإذا لم تتم الصفقة، كما هو الأمر فى خيارى الشرط والرؤية قبل القبض وبعد القبض، وكما هو الأمر فى خيار العيب قبل القبض، كان الرد بمحض إرادة من له الخيار . وإذا تمت الصفقة ، كما هو الأمر فى خيار العيب بعد القبض، فإن الرد لايكون إلا بالتراضى أو بالتقاضى . ذلك أنه إذا لم تتم الصفقة ، كان الرد نقضاً لصفقة لم تتم، فيكون انفساخا لافسخا، أقرب إلى أن يكون رجوعا فى الإيجاب قبل القبض الذى هو بمثابة القبول ، فلا حاجة فيه إلى التراضى . أما إذا كانت الصفقة قد تمت، فالرد لايكون مجرد نقض وانفساخ تكفى فيه إرادة من له الخيار ، بل هو فسخ لصفقة قد تمت ، فلا بد فيه من التراضى أو التقاضى ، فإن العقد لايفسخ إلا على النحو الذى به ينعقد . وهو لا ينعقد بأحد العاقدين فلا يفسخ بأحدهما .

ويقول الكاسانى فى هذا المعنى : « وأما كيفية الرد والفسخ بالعيب بعد

ثبوته ، فالبيع لايخلو إما أن يكون فى يد البائع أو فى يد المشترى ، فإن كان فى يد البائع ينفسخ بقول المشترى رددت ، ولايحتاج إلى قضاء القاضى ولا إلى التراضى بإجماع . وإن كان فى يد المشترى لاينفسخ إلا بقضاء القاضى أو بالتراضى عندنا ، وعند الشافعى رحمه الله ينفسخ بقوله رددت من غير الحاجة إلى القضاء ولا إلى رضاء البائع . وأجمعوا على أن الرد بخيار الشرط يصح من غير قضاء ولا رضاء، وكذلك الرد بخيار الرؤية متصلا بلا خلاف بين أصحابنا . وجه قول الشافعى رحمه الله أن هذا نوع فسخ فلا تفتقر صحته إلى القضاء ولا إلى الرضاء ، كالفسخ بخيار الشرط بالإجماع وبخيار الرؤية على أصلكم ، ولهذا لم يفتقر إليه قبل القبض وكذا بعده . ولنا أن الصفقة تمت بالقبض ، وأحد العاقدين لاينفرد بفسخ الصفقة بعد تمامها كالإقالة ، وهذا لأن الفسخ يكون على حسب العقد لأنه يرفع العقد ، ثم العقد لاينعقد بأحد العاقدين فلا ينفسخ بأحدهما من غير رضا الآخر ومن غير قضاء القاضى . بخلاف ما قبل القبض ، لأن الصفقة قبل القبض ليست بتامة ، بل تمامها بالقبض، فكان بمنزلة القبول ، كأنه لم يسترد . بخلاف الرد بخيار الشرط ، لأن الصفقة غير منعقدة فى حق الحكم مع بقاء الخيار ، فكان الرد فى معنى الدفع والامتناع من القبول . وبخلاف الرد بخيار الرؤية لأن عدم الرؤية منع تمام الصفقة لأنه أوجب خللا فى الرضا ،فكان الرد كالدفع . أما ههنا إذ الصفقة قد تمت بالقبض ، فلا تحتمل الانفساخ بنفس الرد من غير قرينة القضاء أو الرضا ، والله عز وجل أعلم » (البدائع ٥ ص ٢٨١) .

عدم لزوم العقد فى خيار العيب قائم على اختلال الرضاء لفوات شرط السلامة من العيب :

قدمنا أن سلامة المبيع من العيب مشروطة فى العقد دلالة . وقد سبق القول — انظر مصادر الحق فى الفقه الأسلامى جزء ٢ ص ١٣٠ — ص ١٣١ — أن العاقد ، مالم يشترط البراءة من العيوب فى الشىء الذى يتعامل فيه ، يكون

قد كفل للعاقد الآخر ، دلالة ودون حاجة إلى شرط صريح، سلامة المعقود عليه من العيوب. فإذا لم تتوافر هذه السلامة ،فقد اختل رضاء العاقد الآخر، ووجب له الخيار .

ويقول الكاسانى فى هذا المعنى : « إن السلامة لما كانت مرغوبة المشترى ولم يحصل ، فقد اختل رضاه . وهذا يوجب الخيار ، لأن الرضا شرط صحة البيع ، قال الله تعالى : يأيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم . فانعدام الرضا يمنع صحة البيع ، واختلاله يوجب الخيار فيه ، إثباتا للحكم على قدر الدليل » (البدائع ٥ ص ٣٧٤) .

وإذا كان خيار العيب يقوم على اختلال الرضاء ، فأن شأنه فى ذلك شأن سائر الخيارات ، إذ أن كلا من خيار الشرط وخيار الرؤية يقوم هو أيضا على اختلال الرضاه كما سبق القول .

كيف يكون الرد بخيار العيب :

إذا ثبت للمشترى خيار العيب ، كان له أن ينقض البيع . وينقض البيع قبل القبض بإرادته وحده ، كأن يقول فسخت البيع أو نقضته أو رددته وماهو فى معناه. ويشترط علم البائع بالفسخ عند أبى حنيفة ومحمد، ولا يشترط هذا العلم عند أبى يوسف ، كما هو خلافهم فى خيار الشرط وفى خيار الرؤية . أما بعد القبض ، فقد قدمنا أن النقض لايكون إلا بالتراضى أو بالتقاضى .

ما الذى يترتب على الرد بخيار العيب :

إذا نقض المشترى البيع بخيار العيب ، انفسخ العقد. ورد المشترى المبيع معيباً إلى البائع إن كان قد قبضه ، واسترد الثمن إن كان قد دفعه .

وليس له أن يمسك المبيع معيباً ويرجع على البائع بنقصان الثمن، لأن الأوصاف لايقابلها شىء من الثمن فى مجرد العقد، ولأن البائع لم يرض بزوال المبيع

عن ملكه بأقل من الثمن المسمى فيتضرر بنقصان هذا الثمن ، ودفع الضرر عن المشترى ممكن برده للمبيع ، ولأن حق الرجوع بالنقصان كالخلف عن الرد والقدرة على الأصل تمنع المصير إلى الخلف . (١)

على أن للمشترى أن يرجع بنقصان الثمن إذا توافرت شروط ثلاثة :

(١) أن يتعذر عليه رد المبيع ، كأن هلك المبيع أو نقص أو زاد وهو فى يده على التفصيل الذى سيأتى .

(٢) وأن يكون هذا التعذر غير آت من قبله . فإن كان التعذر آتيا من

---

(١) وهذا هو المذهب الحنفى . ومثله مذهب الشافعى . جاء فى المهذب: « وان قال البائع امسك المبيع وانا اعطيك ارش العيب ، لم يجبر المشترى على قبوله ، لانه لم يرض الا بمبيع سليم بجميع الثمن فلا يجبر على امساك معيب ببعض الثمن . وان قال المشترى اعطنى الارش لامسك المبيع ، لم يجبر البائع على دفع الارش ، لانه لم يبذل المبيع الا بجميع الثمن فلم يجبر على تسليمه ببعض الثمن » (المهذب ١ ص ٢٨٤) .

وفى مذهب مالك تنقسم العيوب الى ثلاثة : عيب غير مؤثر وليس فيه شىء ، وعيب يسير ويرجع المشترى فيه بنقصان الثمن ، وعيب فاحش ويكون المشترى فيه بالخيار بين الرد والامساك فاذا امسك ليس له أن يرجع بنقصان الثمن . ففى العيب الفاحش يتلاقى المذهبان الحنفى والمالكى . قال ابن جزى : « المسألة الثالثة فى انواع العيوب وهى ثلاثة : عيب ليس فيه شىء ، وعيب فيه قيمة ، وعيب فيه رد . فأما الذى ليس فيه شىء ، فهو اليسير الذى لاينقص من الثمن . واما عيب القيمة ، فهو اليسير الذى ينقص من الثمن ، فيحط على المشترى من الثمن بقدر نقص العيب ، وذلك كالخرق فى الثوب والصدع فى حائط الدار ، وقيل انه يوجب الرد فى العروض بخلاف الاصول . واما عيب الرد ، فهو الفاحش الذى ينقص حظا من الثمن ، ونقص الشر يوجب الرد عند ابن رشد وقيل الثلث ، فالمشترى فى عيب الرد بالخيار بين ان يرده على بائعه او يمسكه ولا ارش له على العيب ، وليس له ان يمسكه ويرجع بقيمة العيب الا ان يفوت فى يده » (القوانين الفقهية ص ٢٦٧) .

وفى مذهب احمد بن حنبل يكون للمشترى الخيار بين الرد أو الامساك مع الرجوع بنقصان الثمن . جاء فى الشرح الكبير على متن المقنع : « فمن اشترى معيبا لايعلم عيبه ، فله الخيار بين الرد والامساك مع الارش وهو قسط ما بين قيمة الصحيح والمعيب من الثمن .. فان اختار امساك المعيب واخذ الارش ، فله ذلك وبه قال ابو اسحق . وقال ابو حنيفة والشافعى ليس له الا الامساك او الرد ، ولا أرش له الا أن يتعذر رد المبيع» (الشرح الكبير على متن المقنع ٤ ص ٨٦) .

قبله ، لم يرجع بنقصان الثمن ، لأنه يصير حابسا المبيع بفعله ممسكا عن الرد . فلو باع المبيع المعيب أو وهبه ثم علم بالعيب ، لم يرجع بنقصان الثمن ، لأنه بالبيع أو الهبة صار ممسكا عن الرد . ولو كان المبيع داراً فبناها مسجداً ثم اطلع على عيب لم يرجع بالنقصان ، لأنه لما بناها مسجداً فقد أخرجها عن ملكه فصار كما لو باعها . ولوكان المبيع طعاما فأكله أو ثوبا فلبسه حتى تخرق ، لم يرجع بالنقصان فى قول أبى حنيفة ، وعند أبى يوسف ومحمد يرجع . وجه قولهما أن أكل الطعام ولبس الثوب استعمال الشيء فيما وضع وأنه انتفاع لا إتلاف . وجه قول أبى حنيفة أن المشترى بأكل الطعام ولبس الثوب أخرجهما عن ملكه حقيقة . ولو استهلك الطعام أو الثوب بسبب آخر وراء الأكل واللبس ، ثم وجد به عيبا ، لم يرجع بالنقصان بلا خلاف ، لأن استهلاكهما فى غير ذلك الوجه إبطال محض .

(٣) وألا يصل إلى المشترى عوض عن المبيع . فإن وصل إليه عوضه ، كأن قتل أجنبى العبد المبيع فى يده خطأ ، لم يرجع بالنقصان فى ظاهر الرواية لأنه لما وصل إليه عوضه صار كأنه باعه ، ولو باعه ثم اطلع على عيب به لم يرجع ، كذا هذا .

فإذا توافرت هذه الشروط الثلاثة ، وكان للمشترى الرجوع بنقصان الثمن ، فحساب ذلك يكون على الوجه الآتى : يقوم المبيع غير معيب ثم يقوم بالعيب ، ولا يدفع المشترى للبائع من الثمن إلا حصة تعادل النسبة بين هاتين القيمتين . فلو كانت قيمة المبيع غير معيب عشرين ، وكانت قيمته معيبا خمسة عشر ، فالنسبة بين هاتين القيمتين نسبة ثلاثة إلى أربعة . فلو كان الثمن ستة عشر ، لم يجب على المشترى من الثمن إلا ثلاثة أرباعه أى اثنا عشر ، ورجع بالنقصان وهو أربعة [1] .

---

(١) واذا كان بعض المبيع معيبا دون بعض ، فالمبدا الاساسى فى هذه المسألة هو عدم جواز تفريق الصفقة قبل تمامها ، فان تمت جاز التفريق .

=

§ ٣ — ما يسقط به خيار العيب

أسباب مختلفة :

يسقط خيار العيب ، فيلزم البيع ، للأسباب الآتية :

(١) هلاك المبيع (٢) نقصان المبيع (٣) زيادة المبيع (٤) إسقاط المشترى للخيار (٥) رضاء المشترى بالعيب بعد العلم به (٦) تصرف المشترى فى المبيع قبل العلم بالعيب . [(١)]

= وتطبيقا لهذا المبدا يميز الفقه الحنفى بين ظهور العيب قبل القبض وظهوره بعد القبض . فاذا لم يقبض المشترى شيئا من المبيع ، ووجد ببعضه عيبا ، فهو بالخيار ان شاء رضى بالكل ولزمه جميع الثمن ، وان شاء رد الكل . وليس له أن يرد المعيب خاصة بحصته من الثمن ، سواء كان المبيع شيئا واحدا او اشياء متعددة ، لان الصفقة لا تمام لها قبل القبض ، وتفريق الصفقة قبل تمامها باطل . وهذا هو الحكم فيما اذا كان المشترى قبض بعض المبيع دون بعض ، فوجد ببعضه عيبا . فهنا أيضا لايملك رد المعيب خاصة بحصته من الثمن ، سواء وجد العيب بغير المقبوض أو بالمقبوض ، لان الصفقة لاتتم الا بقبض جميع المعقود عليه ، فكان رد البعض دون البعض تفريق الصفقة قبل التمام وهو باطل .

اما اذا كان المشترى قبض كل المبيع ، ثم وجد ببعضه عيبا ، فان كان المبيع شيئا واحدا — ولو تقديرا كخفين أو نعلين أو مصراعى باب ونحو ذلك — فكذلك لايملك رد المعيب خاصة بحصته من الثمن . وان كان المبيع اشياء متعددة ، فله أن يرد المعيب خاصة بحصته من الثمن ، وليس له أن يرد الكل الا عند التراضى . وهذا لان حق الرد انما يثبت لفوات السلامة المشروطة فى العقد ، والسلامة فاتت فى أحدهما فكان له رده خاصة ، فلو امتنع الرد انما يمتنع لتضمنه تفريق الصفقة ، وتفريق الصفقة باطل قبل التمام لابعده ، والصفقة قد تمت بقبضهما فزال المانع . ولو قال المشترى انا امسك المعيب وارجع بنقصان الثمن فيه ليس له ذلك ، لان امساكه للمعيب دلالة الرضا به وانه يمنع الرجوع بالنقصان . وعند زفر والشافعى ليس للمشترى فى الحالة الاخيرة أن يرد المعيب بحصته من الثمن ، بل يردهما جميعا أو يمسكهما جميعا . ولان فى التفريق بينهما فى الرد اضرارا بالبائع ، اذ ضم الردىء الى الجيد فى البيع من عادة التجار ليروج الردىء بواسطة الجيد ، وقد يكون العيب بالردىء فيرده على البائع ويلزمه البيع فى الجيد بثمن الردىء ، وهذا اضرار بالبائع ولهذا امتنع . انظر فى كل ما تقدم البدائع ٥ ص ٢٨٦ — ص ٢٨٩ .

(١) ولا يستقط خيار العيب بموت المشترى ، فاذا مات قامت ورثته مقامه فى الخيار ، وقد قدمنا ان خيار العيب كخيار التعيين يورث ، وهذا بخلاف خيار الشرط وخيار الرؤية فانهما لايورثان .

فهذه أسباب مختلفة ، بعضها يرجع إلى تغير حالة المبيع بالهلاك أو النقصان أو الزيادة ، وبعضها يرجع إلى نزول المشترى عن حقه بالإسقاط أو الرضاء بالعيب ، وبعضها يرجع إلى تعذر رد المبيع بتصرف المشترى فيه .

فنتناول فى إيجاز هذه الأسباب المختلفة تباعا .

هلاك المبيع :

يسقط خيار العيب بهلاك المبيع لفوات محل الرد . فإن هلك المبيع وهو فى يد البائع ، انفسخ البيع ولا يرجع البائع على المشترى بشىء من الثمن لأنه يحمل تبعة الهلاك قبل القبض . وإن هلك المبيع وهو فى يد المشترى ، فهلاكه عليه لأنه قد قبضه ، ولكنه يرجع على البائع بنقصان الثمن بسبب العيب .

نقصان المبيع :

إذا نقص المبيع (١) قبل القبض ، وكان النقصان بغير فعل المشترى أو فعل أجنبى ، أى بفعل البائع أو بفعل المبيع أو بآفة سماوية ، فهذا وما لم يكن به عيب سواء . ويكون للمشترى الخيار ، إن شاء أخذ المبيع وطرح قدر النقصان ، وإن شاء ترك ، كما إذا لم يجد بالمبيع عيبا . ذلك أن له الخيار فى الرد حتى لو لم يكن بالمبيع عيب ، فلا يحتاج إلى خيار آخر . وإن كان النقصان بفعل المشترى ، كان للمشترى أن يرضى المبيع بالعيب ولا يرجع بشىء ، وإن شاء رجع بنقصان العيب على البائع ولكن للبائع فى هذه الحالة أن يأخذ المبيع فيسقط جميع الثمن . وإن كان النقصان بفعل أجنبى ، فالمشترى بالخيار ، إن شاء رضى بالمبيع بجميع الثمن واتبع الجانى بالأرش ، وإن شاء ترك ويسقط عنه جميع الثمن واتبع البائع الجانى بالأرش ، كما إذا لم يجد المشترى بالمبيع عيبا .

---

(١) وكالنقص طروء عيب آخر على المبيع يضاف الى العيب الاول . فان طرأ العيب الثانى قبل القبض ، فهو قديم يضمنه البائع كما يضمن النقص قبل القبض ، وان طرأ العيب الثانى بعد القبض ، فهو حديث لايضمنه البائع كما لايضمن النقص بعد القبض .

وإذا نقص المبيع بعد القبض وهو فى يد المشترى ، أيا كان سبب النقص ثم وجد المشترى به عيبا ، لم يكن له أن يرده بالعيب . ذلك أن شرط الرد أن يكون المردود عند الرد على الصفة التى كان عليها عند القبض، ولم يوجد لأن المبيع خرج عن ملك البائع معيبا بعيب واحد ويعود على ملكه معيبا بعيبين ، العيب القديم والنقصان . وهو إذا كان يضمن العيب القديم ، فإنه لا يضمن النقصان لأنه حدث بعد القبض والمبيع فى يد المشترى . فانعدم شرط الرد ، وللمشترى أن يرجع بنقصان الثمن للعيب ، إلا إذا رضى البائع بأخذ المبيع ورد كل الثمن . (١)

زيادة المبيع :

إن حدثت الزيادة قبل القبض ، فإن كانت متصلة متولدة من الأصل (كالكبر والسمن) ، فإنها لا تمنع الرد بالعيب ، لأن هذه الزيادة تابعة للأصل فكانت مبيعة تبعا ، وما كان تبعا فى العقد يكون تبعا فى الفسخ . وإن كانت الزيادة متصلة غير متولدة من الأصل (كالصبغ فى الثوب والبناء على الأرض)، فأنها تمنع الرد بالعيب ، لأن هذه الزيادة ليست بتابعة بل هى أصل بنفسها ، فتعذر رد المبيع ، إذ لا يمكن رده بدون الزيادة لتعذر الفصل ، ولا يمكن رده مع الزيادة لأنها ليست بتابعة فى العقد فلا تكون تابعة فى الفسخ . ويكون للمشترى الرجوع بنقصان الثمن . وإن كانت الزيادة منفصلة متولدة من الأصل (كالولد والثمر واللبن) ، فإنها لا تمنع الرد بالعيب ، فإن شاء المشترى ردهما

---

(١) وفى مذهب مالك للمشترى أن يرد المبيع فى هذه الحالة ويرد معه أرش النقصان ، لان حق الرد بالعيب ثبت نظرا للمشترى ، فلو امتنع انما يمتنع نظرا للبائع ، والمشترى باستحقاق النظر اولى من البائع لانه لم يدلس العيب والبائع قد دلس . قال ابن جزى : « المسقط الرابع حدوث عنده ، آخر عند المشترى فهو بالخيار ان شاء رده ورد أرش العيب الحادث عنده ، وان شاء تمسك به واخذ أرش العيب القديم ، والارش قيمة العيب . وقال الشافعى وابو حنيفة ليس له الرد ، وانما يأخذ ارش العيب القديم » (القوانين الفقهية ص ٢٦٦) .

جميعا ، وإن شاء رضى بهما بجميع الثمن . وإن كانت الزيادة منفصلة غير متولدة من الأصل (كالغلة والكسب) ، فإنها لا تمنع الرد بالعيب ، لأن هذه الزيادة ليست بمبيعة وإنما هى مملوكة بملك الأصل ، فالرد يفسخ العقد فى الأصل وتبقى الزيادة مملوكة للمشترى بغير ثمن عند أبى حنيفة لكنها لا تطيب له لأنها وإن حدثت على ملكه إلا أنها ربح مالم يضمن ، وعند أبى يوسف ومحمد تكون الزيادة للبائع لكنها لا تطيب له .

وإن حدثت الزيادة بعد القبض ، فإن كانت متصلة متولدة من الأصل ، فأنها لا تمنع الرد بالعيب إن رضى المشترى بردها مع الأصل التى هى تابعة له، وإن أبى المشترى الرد وأراد الرجوع بنقصان الثمن كان له ذلك عند أبى حنيفة وأبى يوسف ، وعند محمد ليس للمشترى أن يرجع بنقصان الثمن على البائع إذا أراد البائع استرداد المبيع معيبا ورد الثمن كله . وإن كانت الزيادة متصلة غير متولدة من الأصل ، فإنها لا تمنع الرد بالعيب ، ويرجع المشترى على البائع بنقصان الثمن ، وإن كانت الزيادة منفصلة متولدة من الأصل ، فإنها تمنع الرد بالعيب . ويرجع المشترى بنقصان الثمن ، لأن الزيادة حصلت فى ضمان المشترى ، فإن ردها مع الأصل كانت للبائع ربح مالم يضمن ، وإن استبقاها ورد الأصل فإنها تبقى فى يده بلا ثمن وهذا تفسير الربا . وهذا بخلاف هذه الزيادة قبل القبض ، فإنها تحصل فى ضمان البائع ، فجاز ردها مع الأصل إلى البائع لحصولها فى ضمانه ، ومن ثم جاز الرد بالعيب كما قدمنا . وإن كانت الزيادة منفصلة غير متولدة من الأصل ، فإنها لا تمنع الرد بالعيب ، ويرد الأصل على البائع ، والزيادة للمشترى طيبة له لأنها حصلت فى ضمانه .

إسقاط المشترى للخيار :

ويسقط خيار العيب بإسقاط المشترى له إسقاطا مقصودا صريحا أو ما هو فى معنى الصريح ، نحو أن يقول أسقطت الخيار أو أبطلته أو ألزمت البيع أو أوجبته وما يجرى هذا المجرى ، لأن خيار العيب حقه فله أن ينزل عنه .

وكإسقاط الخيار إبراء المشترى البائع من العيب ، لأن الإبراء إسقاط وله ولاية الإسقاط ، والخيار حقه والمحل قابل للسقوط .

وقد قدمنا أن خيار الرؤية ، بخلاف خيار العيب ، لا يسقط بالإسقاط المقصود الصريح .

رضاء المشترى بالعيب بعد العلم به :

ويسقط خيار العيب برضاء المشترى بالعيب بعد أن علم به، لأن حق الرد إنما هو لفوات السلامة المشروطة دلالة فى العقد، وإذ رضى المشترى بالعيب بعد العلم به فقد دل على أنه نزل عن هذا الشرط أو أنه لم يشترطه ابتداء .

والرضاء قد يكون صريحا ، كأن يقول المشترى رضيت بالعيب أو أجزت هذا البيع وما يجرى هذا المجرى . وقد يكون الرضاء دلالة ، كأن يصدر من المشترى بعد العلم بالعيب فعل يدل على الرضاء به ، كما إذا كان المبيع ثوبا فصبغه أو قطعه أو أرضا فبنى عليها أو حنطة فطحنها أو لحما فشواه . ويعتبر تصرف المشترى فى المبيع بعد العلم بالعيب رضاء بالعيب دلالة ، فإذا باع المبيع أو وهبه وسلمه أو أعتقه أو كاتبه أو دبره ، كان فى الأقدام على هذه التصرفات مع العلم بالعيب دليل الرضاء بالعيب .

تصرف المشترى فى المبيع قبل العلم بالعيب :

وإذا تصرف المشترى فى المبيع بأن أخرجه عن ملكه ، حتى قبل علمه بالعيب ، سقط خياره ، لتعذر رد المبيع إلى البائع . فإذا باع المبيع أو وهبه وسلمه وهو غير عالم بالعيب ، سقط خياره . ولكن لو فسخ تصرفه ، ورد إليه المبيع بخيار شرط أو بخيار رؤية مثلا ، عاد حق خيار العيب للمشترى ، وجاز له رد المبيع للبائع .

الفرع الثالث

مقارنة الفقه الإسلامى بالفقه الغربى

فى نظرية البطلان

***

مسائل ثلاث :

بعد أن فرغنا من بسط نظرية البطلان فى الفقه الغربى وفى الفقه الإسلامى ، نعقد مقارنة سريعة بين الفقهين فى هذه النظرية . فنقارن بينهما فى مراتب البطلان ، وفى أحكام البطلان ، ثم نبين فى خلاصة وجيزة أين ارتقت الصناعة الفنية فى الفقه الإسلامى وأين وقفت ، وكيف أخذ التقنين المدنى العراقى نظرية البطلان عن الفقه الإسلامى لا عن الفقه الغربى .

المبحث الأول

مراتب البطلان

أركان العقد وشرائطه — العقد الباطل :

يبدأ كل من الفقهين بتحديد أركان العقد وشرائطه ، فيرسم بهذا التحديد منطقة العقد الباطل ، ويميز بينه وبين العقد غير الباطل . فالعقد الذى لم يستوف جميع أركانه وشرائطه ، فنقص فيه ركن أو اختل فيه شرط ، يكون عقدا باطلا . أما العقد الذى جمع كل الأركان والشرائط ، فهو عقد غير باطل .

ويكاد الفقه الغربى يكون متفقا مع الفقه الإسلامى فى تحديد أركان العقد وشرائطه . فنى الفقه الغربى أركان العقد ، كما قدمنا ، ثلاثة : التراضى والمحل والسبب . وللتراضى شرائط انعقاد هى التمييز ومطابقة القبول للإيجاب . وللمحل شرائط هى أن يكون ممكنا ، ومعينا أوقابلا للتعيين ، وصالحا للتعامل فيه . وللسبب شرط واحد هو المشروعية .

وكذلك الفقه الإسلامى ركن العقد عنـــده هو الإيجاب والقبول . والإيجاب والقبول يفرضان بداهة وجود المحل . ويمكن القول بأن الفقه الإسلامى يعرف فى بعض مذاهبه نظرية السبب . ثم إن شرائط الإنعقاد فى العقد موافقة القبول للإيجاب واتحاد المجلس ، وفى العاقد العقل والتعدد ، وفى المعقود عليه أن يكون ممكنا ومعينا أو قابلا للتعيين وصالحا للتعامل فيه .

فالأركان والشرائط فى الفقهين واحدة ، مع اختلاف يسير فى التعبير لاخطر له . ومن ثم تتوحد منطقة العقد الباطل فى كل من الفقهين الإسلامى والغربى .

أوصاف العقد — العقد الفاسد :

ويعرف الفقه الحنفى ، إلى جانب أركان العقد وشرائطه ، أوصاف العقد ، ومن ثم يعرف إلى جانب العقد الباطل العقد الفاسد . فإذا سلمت للعقد أركانه وشرائطه واختل وصف من أوصافه ، فالعقد منعقد ، ولكنه يكون فاسداً غير صحيح . وأوصاف العقد يتصل أكثرها بالمحل ، فالغرر والربا والشروط الفاسدة والضرر فى تسليم المعقود عليه ، هذه هى أهم أسباب الفساد . يضاف إليها سبب يتصل بالإرادة هو الإكراه عند الإمام وصاحبيه .

ومهما يكن من قوة الصناعة الفنية التى اشتهر بها المذهب الحنفى فى ابتداعه لفكرة العقد الفاسد — وسنرى ذلك فيما يلى — فإن أسباب الفساد لايقرها الفقه الغربى . فهو لايخشى الغرر خشية الفقه الإسلامى له ، ويبيح الربا بقيود

معينة ، ولا يأبى أن يقترن العقد بشرط ، والضرر فى تسليم المعقود عليه ليس له حكم خاص بل هو يخضع للقواعد العامة . أما الإكراه فيضعه مع نظائره من عيوب الإرادة — الغلط والتدليس — فى صف واحد ، ويوحد الجزاء فيها فيجعله قابلية العقد للإبطال .

ومن ثم لامحل فى الفقه الغربى للعقد الفاسد ، إذ هو لايستجيب لحاجة .

نقص الأهلية وانعدام الملك — العقد الموقوف .

ويربط الفقه الإسلامى بين العاقد والعقد والمعقود عليه بأن يشترط أن يكون للعاقد ولاية على كل من العقد والمعقود عليه . فولاية العاقد على العقد هى الأهلية ، وولايته على المعقود عليه هى الملك الخالص . فإذا اختلت الولاية على العقد بأن كان العاقد ناقص الأهلية ، أو اختلت الولاية على المعقود عليه بأن كان المحل غير مملوك للعاقد أو كان مملوكا له ولكن تعلق به حق الغير ، كان العقد موقوفا .

ويفرق الفقه الغربى بين نقص الأهلية وانعدام الملك ، فيجعل الجزاء على نقص الأهلية قابلية العقد للإبطال ، والجزاء على انعدام الملك عدم سريان العقد فى حق المالك وقابلية العقد للإبطال فى حق المشترى .

والفقه الإسلامى أكثر إحكاما فى صناعته . فقد صاغ فكرة العقد الموقوف صياغة موفقة ، واجه بها العقد الصادر من ناقص الأهلية والعقد الصادر من غير المالك . هذا إلى أن الفقه الغربى فى بيع ملك الغير — وهو بيع الفضولى — اضطرب اضطرابا واضحا فى صناعته . فلم يستطع أن يواجه هذا العقد بجزاء واحد بل عدد الجزاء ، فجعل العقد قابلا للإبطال من جانب المشترى وغير سار فى حق المالك . ثم خرج على قواعد صناعته ، بأن جعل للمالك وهو غير العاقد الذى تقرر الإبطال لمصلحته حق إجازة العقد . وهذا ماجعل الفقهاء فى الفقه الغربى فى حيرة من أمر بطلان بيع ملك الغير ،

يختلفون ويضطربون ، ولا يصلون فيه إلى حل واحد . وليس فى الفقه الإسلامى إضطراب فى هذه المسألة . فالعقد الموقوف يواجه فى دقة عقد الفضولى ، ويتسع له من جميع النواحى .

عيوب الإرادة — العقد القابل للإبطال :

ويبقى بعد ماقدمناه عيوب الإرادة ، وهى الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال . وهذه جمعها الفقه الغربى فى صعيد واحد ، وجعل الجزاء عليها واحداً ، هو ، كما قدمنا ، قابلية العقد للإبطال . فمن شاب إرادته عيب له أن يطلب إبطال العقد ، شأنه فى ذلك شأن ناقص الأهلية .

أما الفقه الإسلامى فقد شتت هذه العيوب فى نواح متفرقة ، يستقصيها الباحث فى غير قليل من المشقة . فالإكراه رأيناه حائراً فى المذاهب المختلفة بين أن يكون جزاؤه البطلان كما هو الأمر فى مذهب الشافعى وفى رواية فى مذهب أحمد ، أو الفساد كما هو الأمر فى مذهب أبى حنيفة عند الإمام وصاحبيه ، أو الوقف كما هو الأمر عند زفر ، أو عدم اللزوم كما هو الأمر فى مذهب مالك وفى رواية أخرى فى مذهب أحمد . والتدليس يعرفه مذهب مالك فى تردد وحذر ، ويجعل جزاءه خيار التدليس . والاستغلال جزاؤه فى المذاهب المختلفة خيار الغبن . أما الغلط فقد تشتت أكثر من غيره من عيوب الإرادة ، ولا تستطيع أن تجمع أطرافه فى الفقه الإسلامى إلا إذا ضممت إلى خيار الوصف أو الخلف فى الوصف خيار الرؤية ثم خيار العيب ، وقد تلمح من بعيد فى مذهب مالك مايدعى فى بعض الأحوال بخيار الغلط . وعليك أن تجمع هذه الأحجار المتناثرة ، وترصها جميعاً جنباً إلى جنب . لتشيد منها بناء متماسك الأطراف يقرب إلى أن يكون نظرية عامة للغلط فى الفقه الإسلامى .

والسبب فى تشتت عيوب الإرادة فى الفقه الإسلامى وفى صعوبة

استخلاص نظرية عامة تنتظم هذه العيوب يرجع ، فى رأينا ، إلى النزعة الموضوعية المتغلبة فى الفقه الإسلامى . فعيوب الارادة فى أساسها تقوم على اعتبارات ذاتية ، والإرادة المعيبة التى يشوبها غلط أو تدليس أو إكراه أو استغلال هى الإرادة الباطنة التى تختلج فى النفس لا الإرادة الظاهرة التى يقف عادة عندها الفقه الإسلامى . ولعل العيب الذى حفل به أكثر من غيره هو عيب الإكراه ، وذلك لأن له مظهراً ماديا أكثر وضوحا يجعل من اليسير إخضاعه لضوابط موضوعية ، ثم هو بعد ذلك عيب تضاربت المذاهب المختلفة فى تعيين الجزاء المترتب عليه كما سبق القول .

ومزية الفقه الغربى أنه جمع كما قدمنا بين عيوب الإرادة ، ووضع لها نظرية عامة عالجها فى استفاضة . ولكنه واجه هذه العيوب بفكرة العقد القابل للإبطال . ولعل فكرة العقد الموقوف ، لو استعيرت من الفقه الإسلامى تكون أكثر توفيقا ، فهى أكثر ملاءمة لعيوب الإرادة ، ثم هى تبرز الصلة الوثيقة بين هذه العيوب وبين نقص الأهلية ، فالعقد فى جميع هذه الأحوال يكون موقوفا لاعتبارات ترجع كلها إلى وجوب كمال التميز فى العاقد حتى ينتج العقد أثره . وكان زفر فى رأينا موفقا عندما جعل عقد المكره موقوفا .

مقابلات فى الصناعة الفنية بين الفقهين :

وإلى هنا يمكن التقريب بين الفقهين . ثم تتفاوت بعد ذلك الصناعة فى كل منهما ، إلى حد لا يستطيع معه الباحث إلا أن يشير إلى بعض مقابلات بينهما .

فقد رأينا الفقه الغربى يميز بين العقد القابل للإبطال والعقد الذى لا يسرى فى حق الغير ، ويطبق عدم السريان فى حق الغير فى بيع ملك الغير وفى مجاوزة الوكيل لحدود الوكالة وفى بيع المريض مرض الموت . أما فى الفقه الإسلامى فيواجه كل ذلك بفكرة العقد الموقوف .

ورأينا الفقه الغربى يميز بين البطلان والفسخ . أما الفقه الإسلامى فالفسخ

عنده ليس نظرية عامة مستقلة بل هو يندرج تحت نظرية البطلان ، ولا يعم العقود الملزمة للجانبين إذا لم يقم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه فيها، بل يقتصر على حالات معينة كما فى خيار العيب وفى خيار النقد .

ورأينا الفقه الغربى يميز بين البطلان وبين الشرط الفاسخ والشرط الواقف . أما الفقه الإسلامى فيأبى فى التمليكات التعليق على الشرط كقاعدة عامة، ولكنه يقترب من الشرط الواقف فى خيار الشرط ، ومن الشرط الفاسخ فى خيارى الرؤية والعيب .

ويعرف الفقه الإسلامى خيار التعيين ، ويواجهه الفقه الغربى بالالتزام التخييرى .

أما نظرية الفساد فيتولى بها الفقه الحنفى حماية الغير ، على غرار نظام الشهر العقارى فى الفقه الغربى . ويمنع الفقه الإسلامى مشترى المنقول من التصرف فيه قبل قبضه، فيقارب بذلك القاعدة التى تقضى فى الفقه الغربى بأن الحيازة فى المنقول سند الملكية .

مقابلة الفقه الإسلامى بالفقه الغربى فى تعدد مراتب البطلان .

فإذا تركنا هذه المقابلات المتناثرة فى نواح مختلفة ، واقتصرنا على تعدد مراتب البطلان والصحة فى العقد ، وجدنا الفقه الإسلامى أكثر تدرجا من الفقه الغربى فى ذلك .

فعنده العقد الباطل : ويقابله فى الفقه الغربى العقد الباطل أيضا، وهما سواء .

وعنده العقد الفاسد : ولا يقابله نظير فى الفقه الغربى .

وعنده العقد الموقوف : ولا نظير له فى الفقه الغربى ، وأقرب شبه به هو العقد القابل للإبطال وإن كان يقصر دونه .

وعنده العقد غير اللازم : ونظيره فى الفقه الغربى العقود غير اللازمة ، ثم

يأتى العقد القابل للإبطال مرة أخرى ليقابل العقد غير اللازم فى الفقه الإسلامى فيما يخص الغلط .

المبحث الثانى

أحكام البطلان

§ ١ — العقد الباطل

العقد الباطل لا ينتج أثراً كتصرف قانونى :

رأينا أن العقد الباطل فى الفقه الإسلامى يماثل فى حالاته العقد الباطل فى الفقه الغربى ، وهو يماثله أيضا فى أحكامه .

فالعقد الباطل فى الفقهين لا وجود له إلا من حيث الصورة ، فليس له وجود قانونى ، ولا ينتج أثراً كتصرف شرعى . ومن ثم لا يملك أحد العاقدين أن يجبر الآخر على تنفيذ عقد باطل ، وإذا نفذه العاقد باختياره ، علم بالبطلان أو لم يعلم ، كان له أن يسترد ما نفذه . ولو تسلم المشترى بعقد باطل المبيع وباعه من آخر ، فإن تصرف المشترى لا يمنع البائع من استرداد المبيع من يد المشترى الثانى .

ولما كان العقد الباطل فى الفقهين غير موجود شرعا ، فلا يتصور أن تلحقه الإجازة ، أو أن يرد عليه التقادم . وكل ما يمكن عمله هو أن يعاد العقد من جديد ، والفرق واضح بين إجازة العقد وعمل العقد من جديد . ولكل ذى مصلحة أن يتمسك بالبطلان : كلا العاقدين والوارث والغير ممن له مصلحة . بل يجوز للقاضى أن يعلن بطلان العقد من تلقاء نفسه ، ولو لم يطلب أحد ذلك .

الآثار التى يمكن أن تترتب على العقد الباطل :

وقد يترتب على العقد الباطل آثار فى كل من الفقهين :

من ذلك الزواج الباطل ، فهو كتصرف شرعى لا ينتج أثراً كحل التمتع ووجوب النفقة والتوارث ، ولكنه كواقعة مادية ينتج بعض الآثار كوجوب العدة ووجوب المهر وثبوت النسب وسقوط الحد ، وقد تقدم بيان ذلك .

وإذا سلم البائع بعقد باطل المبيع إلى المشترى ، فإن الضمان ينتقل إليه فى الفقه الإسلامى ، فإذا هلك فى يده أدى للبائع القيمة أو المثل . وهذا أثر من آثار العقد الباطل باعتباره واقعة مادية ، كما سبق القول . أما فى الفقه الغربى فتختلف أحكام الضمان ، وليس هنا مكان بحثها ، ولكن يمكن القول فى خصوص المسألة التى نحن بصددها إن المبيع بعقد باطل إذا هلك فى يد المشترى يهلك على مالكه ، أى على البائع لا على المشترى .

ومن الآثار التى تترتب على العقد الباطل فى الفقه الغربى انتقاص العقد وتحوله ، فنستعرض فى الفقه الإسلامى كلا من هاتين المسألتين .

انتقاص العقد :

رأينا فى الفقه الغربى أن العقد إذا كان فى شق منه باطلا أو قابلا للإبطال ، فهذا الشق وحده هو الذى يبطل ، إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذى وقع باطلا أو قابلا للإبطال فيبطل العقد كله ، وهذه هى نظرية انتقاص العقد . فقسمة أعيان بعضها موقوف وبعضها مملوك تقع باطلة فيما يتعلق بالموقوف ، وتبقى صحيحة فيما يتعلق بالمملوك ، وهذا ما لم يثبت من يطعن فى القسمة كلها أنها ما كانت لتتم فى المملوك دون الموقوف .

ورأينا أن نظرية انتقاص العقد معروفة فى الفقه الإسلامى ، ولكن المعيار فيها موضوعى ، بخلاف الفقه الغربى فالمعيار فيه ذاتى . ذلك أننا فى

الفقه الغربى نبحث فى نية العاقدين لنعرف هل كانا يريدان أن العقد يتم بغير الشق الذى وقع باطلا أو كانا لا يريدان ذلك ، فى الحالة الأولى ينتقص العقد، وفى الحالة الثانية يبطل العقد كله . فالمسألة إذن مردها ، كما نرى ، إلى نية العاقدين ، وهذا معيار ذاتى .

أما الفقه الإسلامى فالمعيار فيه موضوعى ، سواء كان شق العقد الذى يراد انتقاصه باطلا أو فاسداً أو موقوفا .

ففى حالة ما إذا كان شق من العقد صحيحا وشق منه باطلا ، كبيع عبد وحر أو بيع فاكهة وخمر ، يبطل العقد كله فى المذهب الحنفى ، لأن بقاء الشق الصحيح وحده يكون بيعا بالحصة من الثمن ابتداء ، وهذا لا يجوز . ويبطل العقد كله أيضا فى مذهب أحمد وفى قول فى مذهب الشافعى ، لجهالة العوض ، لأن العوض هنا لا ينقسم على المحل بالأجزاء فالمعيار إذن موضوعى .

وفى حالة ما إذا كان شق من العقد صحيحا وشق منه فاسداً ، كما إذا كان الفساد راجعا إلى الربا أو إلى جهالة الأجل أو إلى وجود شرط فاسد ، ينتقص العقد بنزول صاحب المصلحة من العاقدين عن الجزء المفسد . فالمعيار هنا أيضا موضوعى .

وفى حالة ما إذا كان شق من العقد صحيحا وشق منه موقوفا ، فهنا أيضا يتخذ الفقه الحنفى معياراً موضوعيا . فإذا باع شخص ملكه وملك غيره بعقد واحد ، فالعقد فيما يخص ملكه نافذ وهو موقوف فيما يخص ملك الغير . ولكن المبيع كله يدخل فى العقد إذ ينعقد البيع فى الشقين ، فإذا سقط الشق الموقوف لعدم إجازته بقى الشق النافذ بحصته من الثمن ، وهذا جائز لجواز البيع بالحصة من الثمن بقاء لا ابتداء ، وقد تقدم بيان ذلك .

تحول العقد :

وقد يصعب القول بأن الفقه الإسلامى يعرف نظرية تحول العقد على النحو الذى بسطناه فى الفقه الجرمانى . ولكنه مع ذلك لا يخلو من بعض تطبيقات

يمكن تقريبها من فكرة التحول . ونقتصر هنا على الإشارة إلى بعض هذه التطبيقات :

(١) إذا قصد العاقدان إبرام عقد معين ، ولم يصح ، جاز فى بعض الحالات أن يتحول العقد المقصود إلى عقد آخر . من ذلك أن يشترط فى عقد الكفالة براءة الأصيل ، فتتحول الكفالة إلى حوالة . ومن ذلك أيضا أن يشترط فى عقد الحوالة عدم براءة المحيل ، فتتحول الحوالة إلى كفالة .

(٢) إذا انطوت المضاربة على شرط يفسدها ، تحولت إلى عقد آخر . فلو شرط كل الربح للمضارب ، كان العقد قرضا . ولو شرط كل الربح لرب المال ، كان العقد بضاعة . ولو شرط قدر محدد من الربح لرب المال أو لعمل المضارب ، دون أن يكون قدرا شائعا فى الربح ، كان المضارب أجيراً فى المال وأمينا عليه ، فيستحق أجر مثله ، ربح أو لم يربح ، ولا يستحق المسمى لفساد التسمية بفساد العقد . (انظر أيضا فى المزارعة الفاسدة المادة ٧١٨ من مرشد الحيوان) .

(٣) إذا اشترى الفضولى لغيره ، ولم يضف العقد إلى من اشترى له ، تحول العقد شراء للفضولى نفسه ، إذ وجد العقد نفاذا عليه فنفذ ، وهذا فى المذهب الحنفى . أما فى مذهب مالك فشراء الفضولى لايتحول ، بل ينعقد صحيحا موقوفا على إجازة من اشترى الفضولى له . فإن امتنع هذا عن إجازة الشراء ، تحول العقد شراء للفضولى نفسه ، إلا أن يكون الفضولى أشهد عند الشراء أنه إنما يشترى لغيره بعلم من البائع ، أو صدق البائع الفضولى فيما ادعاه من ذلك [1] .

(٤) جاء فى الأشباه والنظائر للسيوطى (ص١١١ - ص١١٣) : « لو باع المبيع للبائع قبل قبضه بمثل الثمن الأول ، فهو إقالة بلفظ البيع ... ثم رأيت

---

(١) وهذا المثل قريب من التحول وان لم يكن تحولا فى معناه الدقيق. فالعقد لايزال شراء لم يتغير وصفه ، وانما تغير العاقد ، وهذا عنصر جديد يجعل تغير العقد اقرب الى التصحيح منه الى التحول .

التخريج للقاضي حسين قال إن اعتبرنا اللفظ لم يصح، وإن اعتبرنا المعنى فإقالة » . والأصل فى ذلك أن بيع المشترى للمبيع قبل قبضه فاسد فى مذهبي أبى حنيفة والشافعي وفى رواية فى مذهب أحمد . وهنا باع المشترى المبيع للبائع قبل قبضه بمثل الثمن الأول ، فهو بيع فاسد لأنه وقع على المبيع قبل أن يقبض . ولكنه مع ذلك يتحول إلى إقالة صحيحة ، إذ ينطوى العقد على جميع عناصر الإقالة . (١)

§ ٢ — العقد الفاسد

كثرة أسباب الفساد وتنوعها :

قدمنا أن هناك أسبابا كثيرة فى الفقه الإسلامى من شأنها أن تجعل العقد منحلا أو تضعف من قوة الإلزام فيه. من ذلك أسباب الفساد المختلفة، فالغرر

---

(١) واذا تصرف الموصي بعد الوصية فى العين الموصى بها تصرفا باطلا او فاسدا ، كان هذا التصرف الباطل او الفاسد نقضا للوصية . ولكن نظرية تحول العقد — كما رأيناها فى الفقه الجرمانى — لاتعتبر ان التصرف قدتحول هنا ، بل هو قد انطوى على ارادة حقيقية — لاعلى ارادة احتمالية — فى نقض الوصية . ومثل ذلك البائع بخيار الشرط « لو اشترى بالثمن شيئا من غيره — كما جاء فى البدائع جزء ٥ ص ٢٦٧ — لم يصح الشراء وكان اجازه . اما عدم صحة الشراء فلانه شراء بالدين من غير من عليه الدين ، وأما كونه اجازة للبيع فلان الشراء به من غيره وان لم يصح لكنه قصدالتملك وذا دليل الاجازة » . وقد قدمنا انه لو باع المؤجر العين المؤجرة من المستاجر بعقد فاسد ، انفسخت الاجازة بهذا البيع الفاسد ، اذ ينطوى البيع على ارادة حقيقية فى فسخ الاجازة . ومثل ذلك لو باع المشترى العين المبيعة من بائعه بعد القبض وكان البيع الثانى فاسدا ، فان هذا البيع الفاسد يفسخ البيع الصحيح الاول . وقد يقال هنا أن البيع الفاسد قد انطوى على ارادة احتمالية — لا على ارادة حقيقية — فى فسخ البيع الاول ، فتحول من بيع فاسد الى فسخ صحيح للبيع الاول . وهذا ما جاء فى البحر (جزء ٦ ص ٩٤) فى هذه المسألة وقد سبق ان اوردناه « وفى البزازية باع منه صحيحا ثم باعه فاسدا منه ، انفسخ الاول ، لان الثانى لو كان صحيحا ينفسخ الاول به ، فكذا لو كان فاسدا لانه يلحق بالصحيح ، الكثير من الاحكام وكذا لو باع المؤجر المستاجر من المستاجر فاسدا ، تنفسخ الاجازة كما اذا باعه صحيحا » .

فى أوسع معانيه سبب لفساد والعقد، والربا وشبهة الربا ، واقتران العقد بشرط نافع ويسمى بالشرط الفاسد ، ونحو ذلك مما سبق لنا تفصيله .

ولا يوجد فى الفقه الغربى مايقابل ذلك، ومن ثم سلمت قوة العقد الملزمة فيه من الضعف . على أن الصناعة فى الفقه الحنفى كان لها أثر بعيد فى الحد من نتائج إضعاف القوة الملزمة للعقد . ونبادر إلى استبعاد الإكراه من بين أسباب الفساد ، فقد بينا أن الأولى الأخذ فيه برأى زفر وجعل بيع المكره موقوفا ، وسبق أن رجحنا فيه الوقف على الفساد باستقراء أصول الصناعة الفقهية نفسها .

كذلك نستبعد الضرر من تسليم المحل ، فسبب الفساد فيه يزول بالتسليم كما سبق القول .

ويبقى من أسباب الفساد أهمها وهى ثلاثة : الغرر والربا والشروط الفاسدة .

وهنا نرى الصناعة فى الفقه الحنفى تعمل كثيراً للتخفف من آثار الفساد وذلك : (١) عن طريق ابتداع فكرة العقد الفاسد ذاتها . (٢) وجعل العقد الفاسد ينتج آثارا هامة لحماية الغير وحماية العاقد نفسه ، بل وتصحيح العقد ذاته بإزالة المفسد . (٣) وظهور تيار يزيد فى إبعاد العقد الفاسد عن العقد الباطل .

وهذه الصناعة الرائعة أريد بها ، كما قدمنا ، التخفف من الأسباب الكثيرة التى تضعف من قوة العقد . وإذا كان الفقه الغربى ليس فى حاجة إلى العقد الفاسد لأنه خطا مراحل فى قوة العقد الملزمة استبعد فيها الأسباب الكثيرة التى تضعف من هذه القوة . فأجاز اقتران العقد بالشرط وضيق من نطاق الغرر إلى حد كبير ، إلا أن فكرة العقد الفاسد تبقى فكرة رائعة فى الصناعة الفقهية لتدل كيف يخطو الفقه خطوة خطوة فى مراحل التطور عن طريق الصناعة الفنية .

لذلك نتعقب فى إيجاز الطرق الثلاثة التى سارت فيها صناعة الفقه الحنفى .

ابتداع فكرة العقد الفاسد ذاتها :

رأينا أن الفقه الحنفى انفرد بفكرة العقد الفاسد ، وبسطنا الحجج التى استند إليها فى تمييزه بين العقد الباطل والعقد الفاسد ، والحجج التى استندت إليها المذاهب الأخرى فى عدم الأخذ بهذا التمييز .

ولكننا وراء هذا كله نلمح فكرة جوهرية . ذلك أن الفقه الحنفى أراد فى الواقع من الأمر أن يعزل جملة من الأسباب عن أن تكون أسبابا لبطلان العقد . فهو بتمييزه بين الأصل والوصف ، جمع تحت الوصف الغرر والربا والشرط الفاسد ، وعزلها عن أصل العقد ، وجعل حكمها غير حكم الأركان والشرائط . فميز بذلك بين ماعده أصلا فى العقد إذ جعل أى خلل فيه يصيب العقد بالبطلان ، وبين ماعده وصفا فأنزله منزلة أقل شأنا من منزلة الاصل . وبذلك أضعف الاثر الذى يترتب على الغرر والربا والشرط الفاسد تحت ستار العقد الفاسد . فهذه أسباب لا تعتبر كالاصل أسبابا ثابتة . بل هى أسباب متطورة، تطورت فعلا ، وكانت فى سبيلها إلى التطور ، وكان من الممكن بفضل فكرة العقد الفاسد أن تواصل سيرها فى التطور .

فإيجاد مرتبة من البطلان هى مرتبة العقد الفاسد ، متميزة كل التميز عن مرتبة العقد الباطل ، هو فى ذاته كسب كبير فى الصناعة الفقهية . وإذا كانت هذه المرتبة لايحتاج الآن إليها الفقه الغربى بعد تطوره ، فلا ننسى أنها فى ذاتها عامل من العوامل الهامة فى تطور أى فقه ، والاستغناء عنها بعد أن تؤدى مهمتها لايدل إلا على خطر هذه المهمة .

ولم تتابع المذاهب الأخرى الفقه الحنفى فى تمييز العقد الفاسد عن العقد الباطل ، بل خلطت بين النوعين،فأصبح الغرر والرباوالشرط كلها أسبابا لبطلان العقد ، ولا يتميز فى البطلان عقد باشره مجنون وعقد اقترن بشرط نافع لأحد العاقدين .

على انه إنصافا للمذهب المالكى ، وهو أيضا لا يميز بين العقد الباطل والعقد الفاسد ، نقول إنه يميز فى البيع الباطل أو الفاسد بين المحرم والمكروه . فالمحرم إذا فات مضى بالقيمة ، أما المكروه فاذا فات انقلب صحيحا . وربما انقلب صحيحا بالقبض أيضا لخفة الكراهة فيه (بداية المجتهد ٢ ص ١٦١) . فيكون المذهب المالكى ، بعد أن خلط بين العقد الباطل والعقد الفاسد ، رجع إلى هذا التمييز فى صورة أخرى ، تحت اسم البيع المحرم والبيع المكروه . وهذا تمييز يسمح بالتخفف من بعض أسباب الفساد كالغرر والشروط الفاسدة ، ولعلنا لو عزلنا الربا — وهو محرم — عن أسباب الفساد الأخرى وألحقناه بأسباب البطلان ، لخلص لنا فى المذهب المالكى تمييز بين العقد المحرم والعقد المكروه ينوب عن التمييز الذى يقول به الفقه الحنفى بين العقد الباطل والعقد الفاسد .

حماية الغير وحماية العاقد نفسه فى العقد الفاسد وتصحيح العقد بإزالة المفسد

بالرغم من أن العقد الفاسد فى المذهب الحنفى لا ينتج فى الأصل أثراً ، وبالرغم من أن وجوده كتصرف شرعى وجود على خطر الزوال إذ هو مستحق الفسخ ، وبالرغم من أن الملك الذى يفيده بالقبض هو ملك مستحق الفسخ ومضمون بالقيمة لا بالمسمى ولا يفيد إلا انطلاق التصرف دون الانتفاع بعين المملوك ، بالرغم من ذلك كله يقوم العقد الفاسد بدور هام فى حماية الغير وفى حماية العاقد نفسه . فهو بعيد عن أن يكون عقداً باطلا لا أثر له ، والمشترى الذى يشوب سند ملكيته غرر أو ربا أو شرط فاسد ليس كالمشترى الذى يشوب سند ملكيته عيب فى أصل العقد كأن يكون محل العقد غير مال أو مالا غير متقوم أو أن يكون العاقد فاقد التمييز . فهذه الأسباب الأخيرة ترجع إلى أصل العقد وهى أخطر بكثير من الاسباب التى ترجع إلى وصف العقد من غرر أو ربا أو شرط فاسد .

قلنا إن العقد الفاسد يحمى الغير . وقد رأينا أن المشترى بعقد فاسد إذا تصرف فى العين المشتراة بعد قبضها ، كان الغير الذى تصرف له المشترى آمنا أن تسترد العين من يده ، وفى هذا حماية كبيرة للغير ، لاسيما عندما لا تكون هناك وسائل للشهر تنبه الغير الذى يعامل المشترى بعقد فاسد إلى فساد عقده على كثرة أسباب الفساد وتنوعها . وقد اقتضت الصناعة الفقهية ، لتحقيق هذا الغرض ، افتراض ملكية تنتقل إلى المشترى بعقد فاسد ، ولكنها ملكية لاتبيح للمشترى أن ينتفع بعين المملوك ، بل هى ملكية الغرض منها تصحيح التصرف الذى يصدر من المشترى إلى الغير . فتنتقل إلى المشترى من المشترى ملكية صحيحة تمنع استرداد العين من تحت يده ، وذلك بفضل هذه الملكية « الخبيثة » التى انتقلت من البائع إلى المشترى بالعقد الفاسد .

وقلنا إن العقد الفاسد يحمى العاقد نفسه . وقد رأينا أنه يحمى المشترى إذا زاد المبيع فى يده بعد قبضه زيادة غير متولدة من المبيع ولكنها متصلة به ، فيمتنع على البائع حق الفسخ . كذلك يحمى العقد الفاسد المشترى إذا غير من صورة المبيع تغييراً يخرجه عن صورته الأولى . فى هاتين الحالتين تستقر ملكية المشترى وتصبح ملكية باتة غير مهددة بالفسخ ، ولو أنها انتقلت إليه بعقد فاسد .

فالعقد الفاسد إذن بعيد عن أن يكون كالعقد الباطل ، بل هو عقد يسبغ حماية ضافية لا على الغير فحسب ، بل أيضا على العاقد نفسه . هذا إلى أن العقد الفاسد يفارق العقد الباطل فى أمر جوهرى آخر ، فإنه إذا أزيل منه المفسد انقلب صحيحا وأنتج أثره ، لا كواقعة مادية بل كتصرف شرعى .

تياران فى الفقه الحنفى فى شأن العقد الفاسد :

على أن هذه القوة التى جعلت للعقد الفاسد ، لحماية الغير ولحماية العاقد نفسه بل لانقلابه صحيحا بإزالة المفسد ، لا تمثل إلا أحد تيارين فى الفقه الحنفى . فهناك تيار آخر يرمى إلى التأكيد فى هذه القوة والتمكين لها والتثبيت منها ،

فيبعد بذلك العقد الفاسد عن العقد الباطل مدى أكبر . فهو يقرر ، على ما رأينا ، أن المشترى بعقد فاسد بعد القبض لا يملك التصرف فى العين فحسب ، بل هو يملك أيضا العين نفسها كما يملك التصرف فيها . وإذا كان لا يحل له الانتفاع بعين المملوك ، فسبب ذلك إنما يرجع إلى أن الانتفاع به إعراض عن الرد وهو واجب شرعا . كذلك لا يعترض بأن المشترى إنما يتصرف بتسليط المالك ، فالمشترى بالعقد الصحيح يتصرف هو أيضا بتسليط البائع . وفى هذا يقول الزيلعى (جزء ٤ ص ٦٢) : « وإنما لم تحل له التصرفات من الوطء والأكل ، لأن الاشتغال بالوطء ونحوه إعراض عن الرد وهو واجب شرعا .. وما ذكره محمد رحمه الله من التسليط لا يدل على أنه لا يملكه . إذ المشترى يتصرف فى المبيع بتسليط البائع . بسبب تمليكه إياه . » ويبين ابن نجيم فى البحر (جزء ٦ ص ٩٢ — ص ٩٣) ، كما رأينا أن للمشترى بعقد فاسد ثمرات الملك ، فهو إذا أعتق العبد الذى اشتراه بعقد فاسد بعد قبضه صح عتقه وكان الولاء له ، ولو باعه كان الثمن له ، ولو بيعت دار مجاورة للدار التى اشتراها بعقد فاسد فالشفعة له ، ولو أعتق العبد بائعه بعقد فاسد لم يعتق ، ولو سرقه البائع من المشترى بعد قبضه قطع ، فهذه كلها ثمرات الملك . وأما ما استدل به من عدم حل أكل المبيع لو كان طعاما ، وعدم حل لبسه لو كان قميصا ، وعدم وجوب الشفعة فى البيع الفاسد ، فلا دليل فيه . لأن عدم الحل لا يدل على عدم الملك ، بدليل أن ربح ما لم يضمن مملوك ولا يحل ، والأخت رضاعا إذا ملكها لا يحل له وطؤها ، وإنما لم تجب الشفعة لأن حق البائع لم ينقطع عنها وهى إنما تجب بانقطاع حقه لا بملك المشترى .

ويبدو أن هذا التيار الآخر يزيد فى إبعاد العقد الفاسد عن العقد الباطل ويقربه من العقد الصحيح من حيث إفادة الملك . فهو يجعل العقد الفاسد يفيد ملكا كاملا ينتفع به المالك ، ولكنه يجعل هذا الانتفاع محرما أو مكروها ، وترجع الحرمة أو الكراهة فى الغالب إلى اعتبارات دينية . وهو يتخفف من أسباب الفساد عن طريق الانتقاص من آثارها ، وعن طريق التقريب

بين العقد الفاسد والعقد الصحيح النافذ فكلاهما نافذ يفيد الملك الكامل، وعن طريق جعل العقد الفاسد أقرب إلى العقد المكروه منه إلى العقد الباطل، واعتبار أن أسباب الفساد هي أسباب دينية توجب الكراهة ولكنها لا توجب البطلان.

وأهمية هذا التيار الآخر أنه يعالج مايعتور العقد فى الفقه الإسلامى من أسباب فساد متعددة، تضع قيودا خطيرة على حرية التعاقد. فيسير الفقه، عن طريق صناعة محكمة، فى سبيل التطور، وينفسح المجال لتوطيد مبدأ سلطان الإرادة.

§ ٣ — العقد الموقوف

العقد الموقوف يقابل العقد القابل للابطال :

رأينا أن العقد الموقوف فى الفقه الإسلامى يقابل العقد القابل للإبطال فى الفقه الغربى، فكلاهما يواجه نفس الحالات : الولاية على التصرف والولايه على المحل، أى عقد ناقص الأهلية والتصرف فى ملك الغير. أما عيوب الإرادة فيواجهها فى الفقه الغربى العقد القابل للإبطال أيضا، ولكن العقد غير اللازم فى الفقه الإسلامى هو الأقرب إلى مواجهتها، ومن ثم نرجىء بحثها إلى حين الكلام فى العقد غير اللازم.

فعقد ناقص الأهلية موقوف فى الفقه الإسلامى وقابل للإبطال فى الفقه الغربى.

وبيع الفضولى أو بيع ملك الغير موقوف فى الفقه الإسلامى وقابل للإبطال فى الفقه الغربى.

مقارنة العقد الموقوف بالعقد القابل للابطال — رجحان العقد الموقوف :

والعقد الموقوف هو صورة عكسية من العقد القابل للإبطال .
فالعقد الموقوف هو باطل حتى ينفذ بالإجازة .
أما العقد القابل للإبطال فهو نافذ حتى يبطل بعدم الإجازة .

والواقع من الأمر أن العقد الذى يتردد بين مرتبتى البطلان والصحة يتصور فيه أحد أمرين : (١) إما أن يجعل باطلا حتى يصح ، وهذا ما اختاره الفقه الإسلامى . (٢) وإما أن يجعل صحيحا حتى يبطل ، وهذا ما اختاره الفقه الغربى .

وللمفاضلة بين النظامين ينبغى أن ننظر الى الحالات التى يكون فيها العقد موقوفا فى الفقه الإسلامى ، أو قابلا للإبطال فى الفقه الغربى .

أولى هذه الحالات هى عقد ناقص الأهلية ، فإذا تصرف صبى مميز فى دار مملوكة له بالبيع ، فهل الأولى أن يقف عقده حتى يجيزه وليه أو حتى يجيزه هو عند بلوغه سن الرشد كما هو الأمر فى الفقه الإسلامى ، أم الأولى أن ينفذ عقده حتى يطالب وليه أو يطالب هو عند بلوغه سن الرشد بإبطاله كما هو الأمر فى الفقه الغربى ؟ واضح أن الأولى — والصبى غير كامل التمييز ومظنة الضرر المحتمل لحوقه به من التصرف مظنة راجحة — أن يقف عقده حتى يتبين وليه نفع هذا العقد ، أو حتى يتبين هو ذلك بعد بلوغه سن الرشد . فالفقه الإسلامى فى صناعته هنا أرقى من الفقه الغربى .

وثانية هذه الحالات هى تصرف الشخص فى ملك غيره . فإذا تصرف الفضولى فى ملك غيره ، فهل الأولى إبطال التصرف حتى يجاز كما يفعل الفقه الإسلامى ، أو نفاذه حتى يبطل كما يفعل الفقه الغربى ؟ واضح هنا أيضا — والفضولى يتصرف فى مال لا ولاية له عليه - أن الأولى هو وقف التصرف

حتى يجاز . فالفقه الإسلامى هنا أيضا أرقى فى صناعته من الفقه الغربى .

وسنرى فى عيوب الإرادة كذلك — وهى التى يجعل الفقه الغربى العقد فيها قابلا للإبطال — أن الأولى بهذا الفقه أن يستعير من الفقه الإسلامى فكرة العقد الموقوف ، فيجعل العقد المشوب بالغلط أو التدليس أو الإكراه موقوفا لا قابلا للإبطال .

وهناك سبب آخر لرجحان العقد الموقوف على العقد القابل للإبطال . ففى بيع ملك الغير أو تصرف الفضولى رأينا أن الفقه الغربى يجعل العقد نافذا حتى يبطل . ولما كان جعل العقد نافذا فى حق المالك الذى لم يشترك فيه غير معقول ، لذلك اضطر الفقه الغربى أن يستعين بفكرة أخرى ضمها إلى فكرة العقد القابل للإبطال . فجعل العقد ، إلى جانب كونه قابلا للإبطال ، غير نافذ فى حق المالك الحقيقى ، فلجأ إلى فكرة الوقف فى حق المالك . أما الفقه الإسلامى فعنده العقد موقوف ، فهو موقوف فى حق البائع وفى حق المشترى وفى حق المالك جميعا . فلم يكن فى حاجة إلى فكرة عدم السريان ، التى احتاج إليها الفقه الغربى لما جعل العقد نافذا . وبذلك يرجح العقد الموقوف العقد القابل للإبطال ، لشموله وإستغنائه بذاته عن أى شىء آخر . فإذا قلنا عقد الفضولى فى الفقه الإسلامى موقوف ، فقد قلنا كل شىء . أما إذا قلنا بيع ملك الغير فى الفقه الغربى عقد قابل للإبطال ، وجب أن نقول إلى جانب ذلك إنه أيضا عقد غير سار فى حق المالك الحقيقى . فهو عقد قابل للإبطال فى حق المشترى وحده ، والمشترى هو الذى يملك إبطال العقد لأن البطلان تقرر لمصلحته هو ، ولا يملك البائع ذلك . ولما كان المشترى يملك إبطاله ، فإنه يملك أيضا إجازته . وسواء أبطله أو أجازه ، فإنه لا ينفذ فى حق المالك الحقيقى إلا اذا أجازه هذا المالك . فإذا ما أجازه ، فقد سرى فى حقه وصح فى حق المشترى فى وقت واحد . وفى هذا خروج على الصناعة القانونية ، فإن المعهود فى العقد القابل للإبطال أن الذى يبطل أو يجيز هو وحده العاقد الذى تقرر البطلان لمصلحته ،

وهنا يملك غير العاقد — المالك — إجازة العقد فيصح فى حق المشترى نفسه. ومن ثم كان حكم بيع ملك الغير — ولا يزال — مشكلة تحير الباحثين فى الفقه الغربى. ولو استعار هذا الفقه من الفقه الإسلامى فكرة العقد الموقوف وواجه بها بيع ملك الغير، لأفاد كثيراً من ذلك. فيكون العقد موقوفا، لا فى حق المشترى وحده، ولا فى حق البائع وحده، بل أيضا فى حق المالك. ولكانت إجازة العقد تقتصر على المالك، فلا يملك المشترى إجازته. وكل هذه أحكام أكثر ملاءمة لحالة العقد، وهى أحكام تستمد من نظام العقد الموقوف ولا تستمد من نظام العقد القابل للإبطال.

أين وقف تطور العقد الموقوف وكيف ينبغى أن يستكمل تطوره :

على أن العقد الموقوف، على رقى الصناعة فيه، قد وقف تطوره فى مواضع ثلاثة كان ينبغى أن يستكمل تطوره فيها.

أولا : يبقى العقد موقوفا فى بيع الفضولى، إذا سكت المالك لا يجيز البيع ولا يرده. فليس هناك وقت معين، إذا انقضى يعتبر المالك بانقضائه مجيزا أو غير مجيز. وهذا من شأنه أن يطيل أمد توقف العقد، ويجعل التعامل مزعزعا مضطربا مدة غير محددة. وقد عالج الفقه الحنفى هذه الحالة، بأن جعل لكل من الفضولى والمشترى الحق فى فسخ العقد فيخلص بالفسخ من هذه الحالة غير المستقرة. ولكن هذا العلاج ناقص، لأنه ينتهى إلى فسخ العقد، أما إذا أريد بقاء العقد فليس هناك من سبيل للعاقدين إلا التربص انتظارا لإجازة المالك، وليس لهذه الإجازة وقت معلوم. وعنوان تطور الفقه الإسلامى فى هذه المسألة هو مذهب مالك، فقد رأينا أن الفضولى فى هذا المذهب إذا باع بحضرة المالك، وسكت هذا، اعتبر سكوته إجازة. وإن باع بغير حضرته، وبلغه، فسكت عاما من وقت علمه، اعتبر سكوته إجازة.

ثانيا : غلبت مقتضيات الصناعة الفقهية عند تحديد شروط الإجازة ، فقد رأينا أنه يجب لصحة الإجازة قيام الأطراف الثلاثة وقيام المبيع وقت صدور التصرف ووقت صدور الإجازة. ذلك أن الإجازة فى الفقه الإسلامى لها حكم الاستناد من وجه ومن ثم وجب توافر الشرط وقت صدور التصرف وهو الوقت الذى تستند إليه الإجازة ، ولها حكم الانشاء من وجه ومن ثم وجب أيضا توافر الشرط وقت صدورها فى هذا الوقت بدأ وجودها . ولكن هذه النظرة الصناعية المحضة نظرة ضيقة ، فهى لا تسمح بإجازة العقد لومات أحد الأطراف الثلاثة وحل ورثته محله ، ولا تسمح بإجازة العقد بعد هلاك المحل . وقد تدعو الحاجة إلى إجازة العقد بعد موت أحد الأطراف الثلاثة أو بعد هلاك المحل ، فتقف الصناعة الفقهية دون ذلك من غير مبرر . وكان الأولى أن يجعل للإجازة حكم الاستناد دون حكم الإنشاء ، فيكتفى باشتراط قيام الأطراف الثلاثة وقيام المحل وقت صدور التصرف دون وقت صدور الإجازة .

ثالثا : غلب على الفقه الإسلامى فى هذا الموضوع قاعدة للصنعة فيها أثر واضح ، وهى تقضى بأن الملك البات إذا طرأ على الملك الموقوف أبطله . وقد رأينا تطبيقات لهذه القاعدة الصناعية المحضة يضيق بها التعامل ، وكان الأولى ألا تتحكم الصناعة إلا بالقدر الذى يستجيب للحاجات العملية . فقد رأينا أن الفضولى إذا أصبح مالكا للمبيع بعد صدور البيع منه ، فإن بيعه يبطل ، ولا يستطيع بعد أن أصبح مالكا أن ينقل الملك للمشترى بإجازة العقد الذى صدر منه ، ولا يستطيع ذلك إلا بعقد مبتدأ. ذلك أن ملك الفضولى قد أصبح باتا بصيرورته مالكا للمبيع بعد صدور البيع منه، وقد طرأ على ملك المشترى منه وهو ملك موقوف ، والملك البات إذا طرأ على الملك الموقوف أبطله كما تقضى بذلك القاعدة السالفة الذكر . والمذهب المالكى هنا أيضا هو الذى سار فى التطور خطوات أبعد . ففيه، كما رأينا، إذا ملك الفضولى المبيع بسبب غير الميراث صح البيع الصادر منه المشترى ولا يجوز له نقضه . ولكن الفقه

المالكى لايزال قاصرا فيما إذا انتقل الملك للفضولى بالميراث ، فى هذه الحالة ينتقل الى الفضولى ما كان لمورثه فيصح له أن ينقض البيع الصادر منه قبل انتقال الملك اليه بالميراث ، وكان الأولى أن يقال هنا إن من سعى فى نقض ماتم من جهته فسعيه مردود عليه .

كذلك إذا باع المشترى من الفضولى المبيع إلى مشتر ثان ، وأجاز المالك البيع الأول الصادر من الفضولى ، نفذ هذا البيع الأول وبطل البيع الثانى . ذلك أن ملك المشترى الأول أصبح باتا بالإجازة ، وقد طرأ على ملك المشترى الثانى الموقوف فأبطله . وكان الأولى أن يقال إن إجازة البيع الأول تستند إلى وقت صدور هذا البيع ، فيكون ملك المشترى الأول باتا من هذا الوقت . فلا يبطل الملك الموقوف لأنه لم يطرأ عليه ، بل يجعله نافذاً ، إذ يعتبر المشترى الأول بفضل استناد الإجازة مالكا للمبيع ملكية باتة وقت أن صدر منه البيع الثانى .

٤ — العقد غير اللازم

عيوب الإرادة وكيف عولجت فى الفقهين — مواجهتها بالعقد غير اللازم فى الفقه الإسلامى وبالعقد القابل للإبطال فى الفقه الغربى:

قدمنا أن الفقه الغربى يعالج عيوب الإرادة كلها — الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال — علاجاً واحداً ، ويضعها جميعاً فى صعيد واحد ، وأن هذه العيوب مشتتة متناثرة فى الفقه الإسلامى لغلبة النزعة الموضوعية فيه وتنافرها مع الأساس الذى تقوم عليه هذه العيوب .

فنى الفقه الإسلامى لا نجد نظرية عامة للغلط ، ويجب أن نتلمس أثر الغلط فى جملة من الخيارات ، أهمها خيار الوصف وخيار الرؤية وخيار العيب وخيار الغلط ، وقد بسطنا ذلك تفصيلا فى الجزء الثانى من مصادر الحق فى الفقه الإسلامى . ونجد نظرية للتدليس فى المذهب المالكى بنوع خاص فيما

يسمى بخيار التدليس ، ونظرية للاستغلال فيما يسمى بخيار الغبن . أما الإكراه ففيه نظرية كاملة ، ولكن المذاهب الفقهية اختلفت فى ترتيب الجزاء عليه كما سبق القول .

أما الفقه الغربى فيواجه هذه العيوب جميعاً بجزاء واحد كما قدمنا ، فيجعل العقد المشوب بغلط أو بتدليس أو بإكراه عقداً قابلا للإبطال لمصلحة العاقد الذى شاب إرادته عيب .

ولعل المذهب المالكى هو أقرب المذاهب إلى الفقه الغربى فى توحيد الجزاء الذى يرتبه على عيوب الإرادة . ففيها جميعاً يكون العقد غير لازم ، فيه خيار للغلط أو للتدليس أو للغبن أو للإكراه ، والعقد غير اللازم هنا هو الذى يقابل العقد القابل للإبطال لعيب فى الإرادة فى الفقه الغربى .

وقد رأينا أن الذى يقابل فى الفقه الإسلامى العقد القابل للإبطال فى الفقه الغربى ، فيما يتعلق بالولاية على التصرف والولاية على المحل ، ليس هو العقد الموقوف . فيكون العقد القابل للإبطال فى الفقه الغربى يقابل فى الفقه الإسلامى العقد الموقوف من ناحية والعقد غير اللازم من ناحية أخرى .

وفى رأينا أن العقد الموقوف أكثر ملاءمة لمواجهة عيوب الإرادة من العقد القابل للإبطال ، كما أسلفنا القول . فالعقد الذى يداخله غلط أو تدليس أو إكراه ، فيصدر عن إرادة ضالة أو مضللة أو غير مختارة ، أولى به أن يوقف حتى يجاز ، من أن ينفذ حتى يحكم بإبطاله .

ولو أن الفقه الإسلامى سار فى تطوره ، وتخفف شيئاً من نزعته الموضوعية ، فجعل لعيوب الإرادة المحل اللائق بها ، وجمعها كلها فى مكان واحد كما فعل الفقه الغربى ، لكان له وهو يجمعها أن يواجهها هى أيضاً بالعقد الموقوف ، فهو أكثر ملاءمة من العقد غير اللازم ومن العقد القابل للإبطال. وقد كان هذا فعلا رأى زفر فيما يتعلق بالإكراه ، فعنده أن بيع المكره موقوف كما سبق القول.

نطاق العقد غير اللازم — ما يقابله فى الفقه الغربى :

ولا يتسع فحسب نطاق العقد غير اللازم فى الفقه الإسلامى لعيوب الإرادة ، بل هو يقابل أيضا فى الفقه الغربى نظما أخرى متعددة ، منها :

(١) العقود غير اللازمة فى الفقه الغربى . كالوكالة والشركة والوديعة والعارية.

(٢) نظرية فسخ العقد وانفساخه فى الفقه الغربى . على أن نظرية فسخ العقد فى الفقه الإسلامى ليست نظرية شاملة ، ولا يتقرر الفسخ كأصل عام كما يتقرر فى الفقه الغربى فى العقود الملزمة للجانبين .

(٣) الشرط الواقف فى الفقه الغربى ويتمثل فى خيار الشرط فى الفقه الإسلامى — والشرط الفاسخ فى الفقه الغربى ويتمثل فى خيار العيب قبل القبض فى الفقه الإسلامى .

(٤) نظم أخرى متفرقة فى الفقه الغربى ، فبيع التجربة وبيع المذاق يقابلان خيار الشرط من وجه ، والالتزام التخييرى يقابل خيار التعيين .

الخيارات الأربعة :

وإذا اقتصرنا فى العقد غير اللازم على الخيارات الأربعة المعروفة ،خيار الشرط وخيار التعيين وخيار الرؤيه وخيار العيب ، وجدنا الصناعة فى الفقه الإسلامى قد وصلت إلى حد بعيد من الرقى .

وحتى ندرك روعة هذه الصناعة ، نضع إلى جانب الخيارات الأربعة العقد الموقوف ، ونعقد مقارنة بين الوقف وخيار الشرط وخيار التعيين وخيار الرؤية وخيار العيب ، لنلحظ التدرج المحكم من النواحى الآتية : (١) نفاذ العقد (٢) كيفية الرجوع فى العقد (٣) إسقاط الخيار (٤) انتقال الخيار بالميراث . فهذه النواحى الأربع متصلة بعضها ببعض أوثق الاتصال ، وتجرى فيها جميعا صناعة متسقة منسجمة .

فالعقد الموقوف منعقد فى حق العلة ، ولكن يمنع من نفاذه عدم تمام العلة ، وذلك إلى أن تلحقه الإجازة . ولما كان العقد الموقوف غير تام العلة فالصفقة إذن لم تتم . فلا يحتاج نقضه إلى تراض أو تقاض ، ويكفى فى نقضه محض إرادة من له حق النقض وهى إرادة منفردة . ويفارق العقد الموقوف العقد المقترن بخيار ، فلا يرد فيه إسقاط الخيار ولا انتقاله بالميراث ، بل إنه اذا مات من له حق إجازة العقد الموقوف قبل الإجازة بطل العقد .

والعقد المقترن بخيار الشرط يزيد على العقد الموقوف بأن العلة فيه قد تمت ، ولكنه غير منعقد فى حق الحكم . وخيار الشرط أقرب الى أن يكون شرطا واقفاً فى معنى للفقه الغربى . ولما كان العقد المقترن بخيار الشرط غير منعقد فى حق الحكم ، فإن الصفقة لم تتم . فلا يحتاج صاحب الشرط فى نقضه الى تراض أو تقاض ، بل تكفى إرادته المنفردة . ولما كان خيار الشرط من حق العبد ، فإنه يجوز إسقاطه قصداً بصريح الإسقاط . ولا ينتقل خيار الشرط بالميراث ، لأنه متصل بالمشيئة لا بالعين ، فإذا مات صاحبه لزم العقد ، ولم يبطل كما رأينا فى العقد الموقوف .

والعقد المقترن بخيار التعيين ينطوى فى الوقت ذاته على خيار الشرط ، كما رأينا ، فإذا جردنا من خيار الشرط واقتصرنا على خيار التعيين ، رأينا العقد موقوف الحكم الى أن يتعين المحل ، فهو يفيد الملك فى أحد الأشياء غير عين ، فلا ينتقل الملك فى عين بالذات الا بعد التعيين ، ويتم التعيين بالإرادة المنفردة لمن له حق التعيين ، المشترى أو البائع ، دون حاجة إلى تراض أو تقاض . ولا يتصور فيه إسقاط الخيار ، لأن من له الخيار يجب عليه التعيين ، وإن كان يستطيع إسقاط خيار الشرط المنطوى فى خيار التعيين . وينتقل خيار التعيين بالميراث ، لأنه متصل بالعين أكثر من اتصاله بالمشيئة .

وخيار الرؤية يفارق خيار الشرط وخيار التعيين فى أنه لا يمنع من الانعقاد فى حق الحكم ، ولكنه يمنع تمام الحكم حتى بعد القبض . فالصفقة

إذن لم تتم ، فيستطيع من له الخيار نقض العقد بإرادته المنفردة دون حاجة إلى تراض أو تقاض . ولما كان خيار الرؤية من حق الشرع لا من حق العبد ، فلا يجوز إسقاطه قصداً بصريح الإسقاط ، وإنما يسقط ضمنا بإجازة العقد . ولا ينتقل خيار الرؤية بالميراث ، لأنه متصل بالمشيئة لا بالعين ، فإذا مات من له الخيار لزم العقد .

وخيار العيب لا يمنع تمام الحكم كما يمنعه خيار الرؤية فيما قدمنا ، ولكنه يمنع لزوم الحكم قبل القبض . فالصفقة إذن لم تتم قبل القبض ، وتتم بعد القبض . فيستطيع من له الخيار ، قبل القبض ، نقض العقد بإرادته المنفردة دون حاجة إلى تراض أو تقاض . أما بعد القبض ، وقد تمت الصفقة ، فلا يستطيع من له الخيار إلا فسخ العقد . ولا بد للفسخ من التراضى أو التقاضى . ولما كان خيار العيب من حق العبد لا من حق الشارع ، فإنه يجوز إسقاطه مقصوداً بصريح الإسقاط . وينتقل خيار العيب بالميراث ، لأنه متصل بالعين أكثر من اتصاله بالمشيئة .

وروعة الصناعة الفقهية هنا تتجلى فى هذا التدرج المحكم ، وفى رد الأحكام إلى أصول منطقية ثابتة ، على الوجه الآتى :

أولا — من حيث نفاذ العقد : نرى الوقف يمنع من تمام العلة ، ويمنع كل من خيار الشرط وخيار التعيين من انعقاد الحكم ، ويمنع خيار الرؤية من تمام الحكم ، ويمنع خيار العيب من لزوم الحكم قبل القبض وتتم الصفقة بعد القبض .

ثانيا — من حيث كيفية الرجوع فى العقد : نرى العقد الموقوف يبطل إذا لم تلحقه الإجازة ، لأن العلة فيه لم تتم . أما الخيارات الأربعة ، فما لم تتم فيه الصفقة تكفى فى نقضه الإرادة المنفردة لصاحب الخيار ، وما تمت فيه الصفقة لا بد فى فسخه من التراضى أو التقاضى ، فلا يحتاج فى فسخه إلى التراضى أو التقاضى إلا العقد الذى فيه خيار العيب بعد القبض . أما فى خيار العيب

قبل القبض وفى كل من خيار الرؤية وخيار الشرط ، فإنه يكفى فى نقض العقد إرادة صاحب الخيار . وإذا لم ينقض العقد أو يفسخ ، أصبح لازما ، لتمام العلة منذ صدور العقد ، ولتمام الحكم والصفقة بعدم النقض أو الفسخ .

ثالثا — من حيث الإسقاط الصريح : فى هذا يميز الفقه الإسلامى بين حق العبد وحق الشرع . فخيار الرؤية وحده من حق الشرع ، فلا يجوز إسقاطه مقصودا بصريح الإسقاط . أما الخيارات الأخرى فمن حق العبد ، فيجوز فيها هذا الإسقاط المقصود .

رابعاً — من حيث الانتقال بالميراث : مايتصل من الخيارات بالعين أكثر من اتصاله بالمشيئة يورث مع العين ، فيورث خيار التعيين وخيار العيب. وما يتصل بالمشيئة أكثر من اتصاله بالعين لايورث لأن المشيئة لا تنتقل من المورث إلى الوارث ، فلا يورث خيار الشرط ولا خيار الرؤية .

ولعل الفقه الغربى فى هذه المسائل لم يصل إلى هذا الحد من الدقة والإحكام . ويعرف الفقه الغربى الشرط الواقف والشرط الفاسخ ، ولا يعرف بينهما مرتبة وسطى . أما الفقه الإسلامى فيعرف هذه المرتبة الوسطى ، فخيار الرؤية عنده مرتبة وسطى بين خيار الشرط وخيار العيب . ذلك أن خيار الشرط كالشرط الواقف يمنع انعقاد الحكم ، وخيار العيب كالشرط الفاسخ يمنع لزوم الحكم . أما خيار الرؤية فلا يمنع انعقاد الحكم فهو فوق الشرط الواقف ، ويمنع تمام الحكم فهو دون الشرط الفاسخ ، ومن ثم كان مرتبة وسطى بين الشرط الواقف والشرط الفاسخ .

وكما أن العقد الذى فيه خيار الرؤية هو فوق العقد المقترن بخيار الشرط (أو بالشرط الواقف) ، فإن العقد الموقوف هو دون العقد المقترن بهذا الشرط . ذلك أن الوقف يمنع تمام العلة ، أما الشرط فلا يمنع تمامها ولكن يمنع انعقاد الحكم . فهناك إذن ، فى الفقه الإسلامى ، مرتبتان إلى جانب مرتبتى الشرط الواقف والشرط الفاسخ : العقد الموقوف وهو دون الشرط

الواقف ، والعقد الذى فيه خيار الرؤية وهو فوق الشرط الواقف ودون الشرط الفاسخ . وليس لهذا التدرج نظير فى الفقه الغربى .

المبحث الثالث

أين ارتقت نظرية البطلان فى الفقه الإسلامى وأين وقفت

وكيف أخذ التقنين المدنى العراقى بالفقه الإسلامى فى نظرية البطلان

§ ١ — أين ارتقت نظرية البطلان فى الفقه الإسلامى وأين وقفت

أين ارتقت نظرية البطلان فى الفقه الإسلامى :

ونستطيع الآن أن نبين أين ارتقت نظرية البطلان فى الفقه الإسلامى : فهى قد ارتقت فى هذا التدرج المحكم فى مراتب البطلان ، فمن عقد باطل إلى عقد فاسد إلى عقد موقوف إلى عقد نافذ الى عقد لازم .

وارتقت فى ابتداع فكرة العقد الفاسد .

وارتقت فى تصويرها الفنى للعقد الموقوف ، فهو أرقى فى الصناعة كما رأينا من العقد القابل للإبطال فى الفقه الغربى .

وارتقت فى تدرجها الدقيق فى الخيارات ، من منع انعقاد الحكم ، ثم من منع تمامه ، ثم من منع لزومه . وهى فى ذلك تلبس كل حالة الثوب الذى يلائمها : فتارة يكون الرجوع فى العقد بإرادة منفردة وطورا يكون بالتراضى أو بالتقاضى ، وتارة يجوز الإسقاط مقصودا وطورا لايجوز ، وتارة ينتقل الخيار بالميراث وطورا لاينتقل .

أين وقفت نظرية البطلان فى الفقه الإسلامى :

وقفت نظرية البطلان ، كما رأينا ، فى عيوب الإرادة ، فلم تجمعها كلها فى صعيد واحد حتى تجعل لها حكما واحدا ، وهذا يرجع كما قدمنا الى تغلغل النزعة الموضوعية .

ووقفت،فيما يتعلق بالعقد الموقوف،فى عدم تحديد وقت معلوم للإجازة، وفيما تشترطه للإجازة من شروط لتواجه فكرتى الإنشاء والاستناد ، وفى تغلب الصناعة فى بعض الحالات القليلة على مقتضيات الحاجات العملية كما رأينا فى القاعدة التى تقضى بأن الملك البات إذا طرأ على الملك الموقوف أبطله.

ولكن نظرية البطلان فى الفقه الاسلامى ، بالرغم من ذلك ،تعتبر أرقى فى الصناعة من نظيرتها فى الفقه الغربى . ولذلك أخذ بها التقنين المدنى العراقى بعد أن استكمل ماوقفت عنده .

§ ٢ — كيف أخذ التقنين المدنى العراقى بالفقه الاسلامى فى نظرية البطلان

نظرة عامة :

عرض التقنين المدنى العراقى فى نصوصه للعقد الباطل . وأغفل العقد الفاسد ، حتى يغفل بإغفاله أسباب الفساد ، فيصل فى التطور إلى غايته . وأهم ما استحدث هذا التقنين هو التوسع فى منطقة العقد الموقوف ، فجعلها تشمل نقص الأهلية وعيوب الارادة وانعدام الولاية على المحل فى وقت واحد ، ثم استكمل ماوقف عنده الفقه الاسلامى من أحكام العقد الموقوف. ويعنينا أن ننقل هنا النصوص المتعلقة بالعقد الموقوف .

النصوص المتعلقة بالعقد الموقوف فى التقنين المدنى العراقى :

يشمل العقد الموقوف ، كما قدمنا، عقد ناقص الأهلية والعقد الذى شابه عيب فى الارادة والعقد الصادر من غير المالك .

ففى خصوص العقد الموقوف لنقص الأهلية (أى للحجر) أو لعيب فى الإرادة ، نصت المادة ١٣٤ من التقنين المدنى العراقى على ما يأتى :

« ١ - إذا انعقد العقد موقوفا لحجر أو إكراه أو غلط أو تغرير ، جاز للعاقد أن ينقض العقد بعد زوال الحجر أو ارتفاع الإكراه أو تبين الغلط أو انكشاف التغرير ، كما أن له أن يجيزه . فإذا نقضه، كان له أن ينقض تصرفات من انتقلت إليه العين ، وأن يستردها حيث وجدها وإن تداولتها الأيدى . فإن هلكت العين فى يد من انتقلت إليه ، ضمن قيمتها . » .

« ٢ — وللعاقد المكره أو المغرور الخيار ، إن شاء ضمن العاقد الآخر ، وإن شاء ضمن المجبر أو الغار . فإن ضمن المجبر أو الغار ، فلهما الرجوع بما ضمناه على العاقد الآخر . ولا ضمان على العاقد المكره أو المغرور ، إن قبض البدل مكرها أو مغرورا . وهلك فى يده بلا تعد منه . » .

وفى خصوص العقد الصادر من غير المالك نصت المادة ١٣٥ من التقنين ذاته على ما يأتى :

« ١ — من تصرف فى ملك غيره بدون إذنه ، انعقد تصرفه موقوفا على إجازة المالك » .

« ٢ — فإذا أجاز المالك تعتبر الإجازة توكيلا ، ويطالب الفضولى بالبدل إن كان قد قبضه من العاقد الآخر . » .

« ٣ — وإذا لم يجز المالك تصرف الفضولى، بطل التصرف . وإذا كان العاقد الآخر قد أدى للفضول البدل ، فله الرجوع عليه به . فإن هلك البدل فى يد الفضولى بدون تعد منه ، وكان العاقد الآخر قد أداه عالما انه فضولى ، فلا رجوع له عليه بشىء منه . » .

« ٤ — وإذا سلم الفضولى العين المعقود عليها لمن تعاقد معه ، فهلكت العين فى يده بدون تعد منه، فللمالك أن يضمن قيمتها أيهما شاء . فإذا اختار تضمين أحدهما ، سقط حقه فى تضمين الآخر . » .

وفى خصوص إجازة العقد الموقوف نصت المادة ١٣٦ على ما يأتى :

١ — « إجازة العقد الموقوف تكون صراحة أو دلالة ، وتستند إلى الوقت الذى تم فيه العقد . ويشترط فى صحتها وجود من يملكها وقت صدور العقد ، ولا يشترط قيام العاقدين أو المالك الأصلى أو المعقود عليه وقت الإجازة » .

٢ — « ويجب أن يستعمل خيار الإجازة أو النقض خلال ثلاثة أشهر ، فإذا لم يصدر فى هذه المدة ما يدل على الرغبة فى نقض العقد اعتبر العقد نافذا » .

٣ — « ويبدأ سريان المدة ، إذا كان سبب التوقف نقص الأهلية ، من الوقت الذى يزول فيه هذا السبب ، أو من الوقت الذى يعلم فيه الولى بصدور العقد . وإذا كان سبب التوقف الإكراه أو الغلط أو التغرير ، فمن الوقت الذى يرتفع فيه الإكراه أو يتبين فيه الغلط أو ينكشف فيه التغرير . وإذا كان سبب التوقف انعدام الولاية على المعقود عليه ، فمن اليوم الذى يعلم فيه المالك بصدور العقد » .

وقد اختار المشرع العراقى تقصير مدة استعمال الخيار إلى ثلاثة أشهر ، لأن العقد الموقوف ، بخلاف العقد القابل للإبطال ، غير نافذ ، فلم يرد أن يبقى التعامل موقوفا غير مستقر مدة طويلة .

فهرس

الفصل الثالث

الصفحة

السبب

الفرع الأول

نظرية السبب فى الفقه الغربى الحديث

المبحث الأول

نظرية السبب فى الفقه اللاتينى

المطلب الاول

كيف نشأت نظرية السبب وكيف تطورت

الصفحة

المطلب الثانى

نظرية السبب فى القانون الحديث

§ ١ — النظرية التقليدية فى السبب

§ ٢ — النظرية الحديثة فى السبب

المبحث الثانى

نظرية السبب فى القانون الألمانى

المطلب الأول

العبرة فى القانون الألمانى بالإرادة الظاهرة

المطلب الثانى

السبب جزء من التعبير عن الإرادة فى القانون الألمانى

الفرع الثانى

نظرية السبب فى الفقه الإسلامى

المبحث الأول

نظرية السبب فى الفقه الحنفى وفقه الشافعى

المطلب الاول

الصفحة

الصفحة

الصفحة

المطلب الأول

أحكام العقد الباطل

المطلب الثانى

أحكام العقد القابل للإبطال

الصفحة

الفرع الثانى

نظرية البطلان فى الفقه الإسلامى

تمهيد — أقسام العقد من حيث الصحة والبطلان

المبحث الأول

حكم العقد الباطل

المبحث الثانى

حكم العقد الفاسد

الصفحة

المطلب الأول

التمييز بين العقد الباطل والعقد الفاسد

المطلب الثانى

الآثار التى تترتب على العقد الفاسد

§ ١ — العقد الفاسد قبل القبض

§ ٢ — العقد الفاسد بعد القبض

§ ٣ — خصوصية الفساد المترتب على الإكراه

الصفحة

الصفحة

المطلب الثالث

خيار الرؤية

المطلب الرابع

خيار العيب

الصفحة

§ ٣ — ما يسقط به خيار العيب

الفرع الثالث

مقارنة الفقه الإسلامى بالفقه الغربى فى نظرية البطلان

المبحث الأول

مراتب البطلان

المبحث الثانى

أحكام البطلان

§ ١ — العقد الباطل

الصفحة






AMERICAN
UNIVERSITY OF BEIRUT

